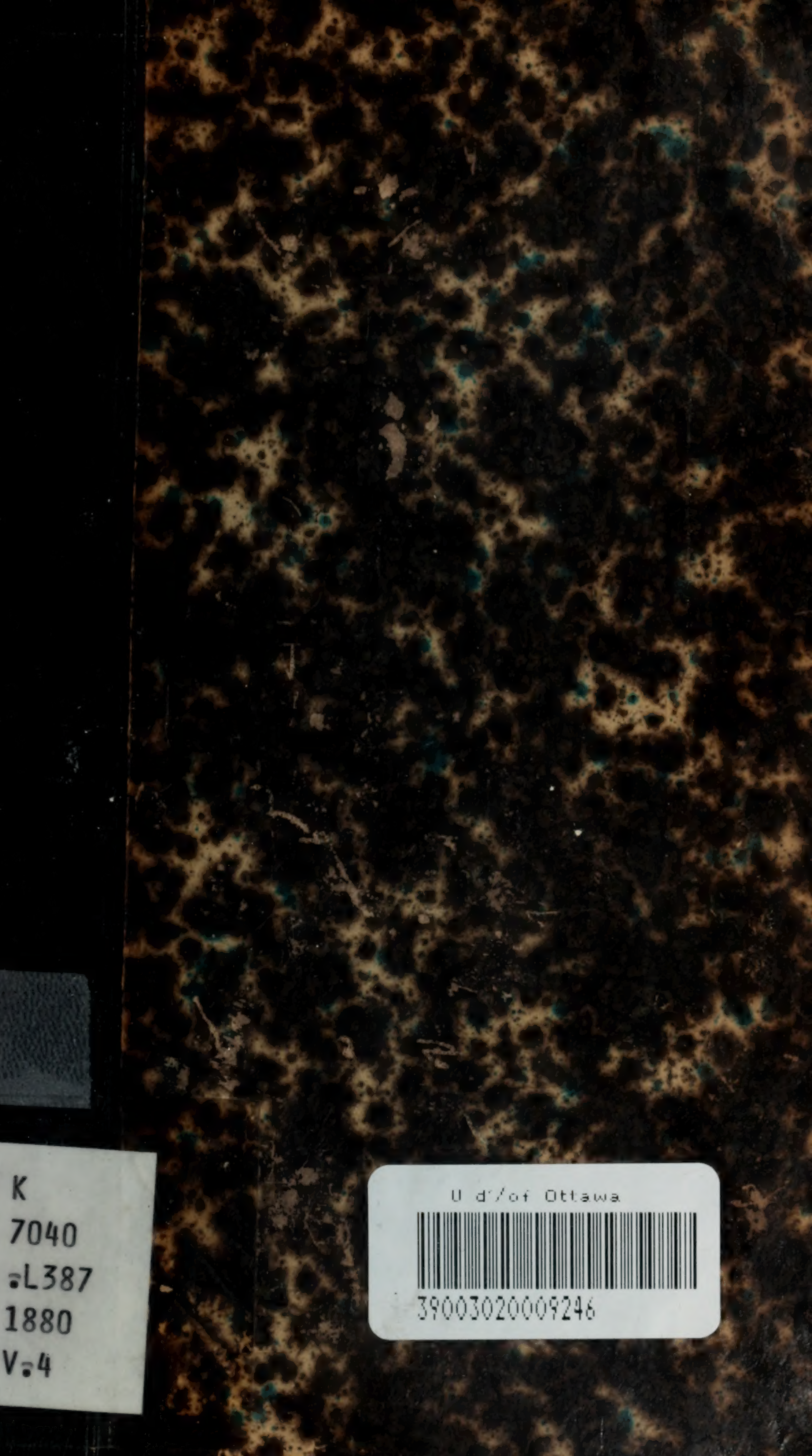
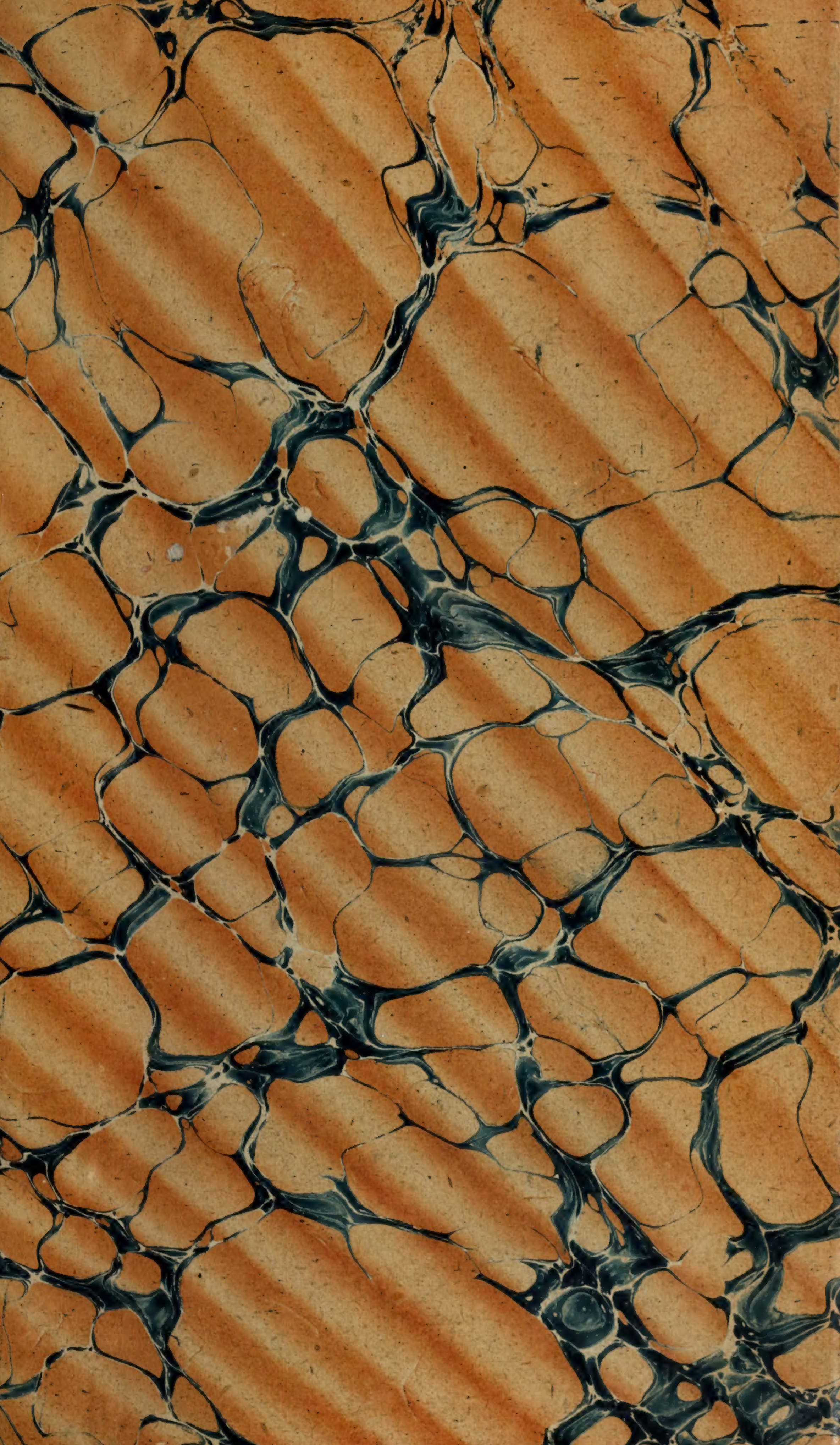
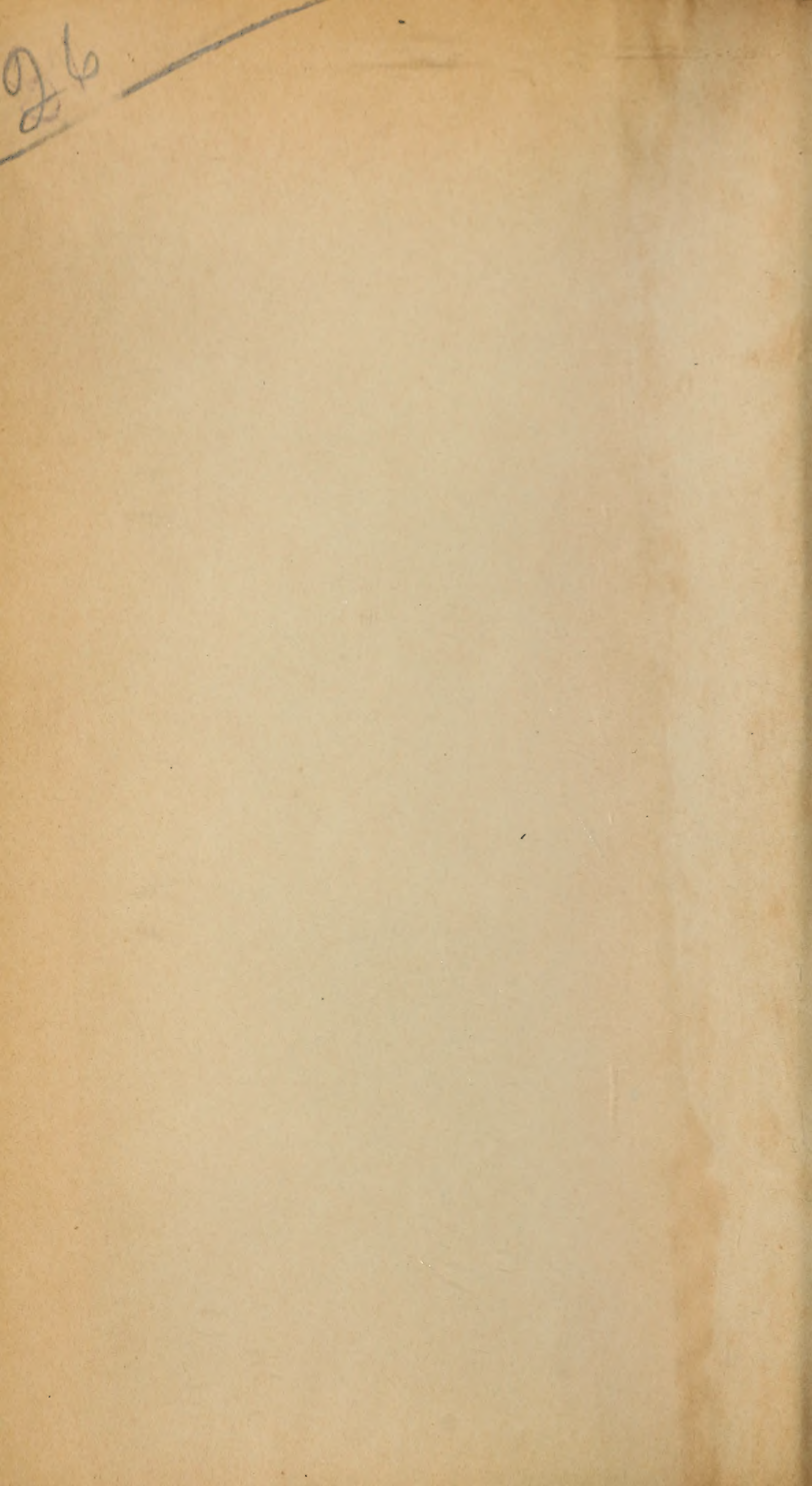







26

DROIT CIVIL

INTERNATIONAL

DROIT CIVIL

INTERNATIONAL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

TOME QUATRIÈME.





BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, ÉDITEURS,
RUE BLAES, 33.

PARIS.
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,
RUE SOUFFLOT, 20.

1880

Bruxelles. — Typ. BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie.

DEUXIÈME PARTIE

LIVRE II.

Partie spéciale (*suite*).

CHAPITRE PREMIER.

DES PERSONNES (*suite*).

SECTION IV. — Des étrangers (suite).

DES INSTANCES JUDICIAIRES.

1. Mes Études portent le titre de droit *civil* international; la procédure et, partant, la compétence en sont exclues. La matière du droit civil proprement dit est déjà si remplie de difficultés et demande tant de développements, que j'ai cru devoir limiter le sujet que j'ai entrepris de traiter, de crainte que ce travail ne prît une étendue démesurée. On le trouvera, même ainsi borné, trop long. Pour mon excuse, je répéterai ce que j'ai déjà dit en passant, que mon but n'est pas seulement d'exposer l'état actuel des choses, d'après notre législation; pour cela il eût suffi d'un volume ou deux, comme l'ont fait Brocher et Fœlix; à vrai dire, nous n'avons pas de droit civil international; il faudrait donc se contenter, sur chaque question, de constater la lacune, de sorte qu'un traité sur cette difficile matière ressemblerait à un procès-verbal de carence. Je n'écris pas seulement pour le présent, j'écris surtout en vue de l'avenir; mon ambition est de recueillir des matériaux qui serviront à élever le futur édifice de la science. Voilà pourquoi je critique autant que j'expose; il faut commencer par démolir la tradition

féodale qui encombre encore le droit international privé, comme on abat de vieilles baraques avant de bâtir; et tout en démolissant, je recherche les principes qui doivent remplacer une théorie surannée. Ce n'est pas une mince besogne. A chaque pas, on se heurte contre des préjugés nationaux, qu'il faut combattre sans trop blesser les susceptibilités. J'ai souvent fait une rude guerre aux légistes anglo-saxons. Pour le moment, j'ai affaire au droit français.

La France est fière de son code civil; et je partage son admiration; mais il ne faut pas que le culte dégénère en superstition, laquelle est toujours malfaisante. S'imaginer que l'on a une législation parfaite serait un moyen infaillible d'avoir des lois imparfaites : celui qui se croit parfait ne songe pas même à se perfectionner, et celui qui n'avance point recule. Or, la partie de la législation napoléonienne relative au droit international est l'une des plus défectueuses du code civil. On peut le dire aujourd'hui sans choquer la France républicaine; car le droit des étrangers qui, pour le moment, fait l'objet de ces Etudes n'est point l'œuvre de la nation française; elle lui a été imposée par la main de fer d'un soldat. Le Tribunat, le vrai représentant de la France de 1789, avait rejeté le projet de code qui rétablissait l'aubaine, et qui reculait jusqu'à la loi des XII Tables en traitant l'étranger comme ennemi. Il fallut un acte de violence pour faire adopter au Tribunat une loi qui s'écartait de la glorieuse initiative que l'Assemblée Constituante avait prise, pour réunir tous les peuples en une société de frères. Réformer le code civil, en cette matière, c'est revenir à la vraie tradition de la France républicaine. Je voudrais lui démontrer la nécessité de ce retour aux idées de 1789, et nulle matière ne se prête mieux à ce but que celle dont j'aborde l'examen, la situation des étrangers dans les instances judiciaires. Ce n'est plus moi qui critique, tous les auteurs sont unanimes à reprocher à la France l'iniquité, la barbarie de sa législation, et il suffira de l'exposer pour prouver que ces accusations, quelque violentes qu'elles paraissent, ne sont que trop fondées. Je dirai aussi quel est le droit étranger; il résultera de cette enquête que la

France reste isolée, que seule elle maintient le droit traditionnel, je parle de la mauvaise tradition, de celle qui remonte à une époque où les peuples étaient ennemis, et où les mots d'étranger et d'ennemi étaient synonymes. Les nations modernes l'ont répudiée; la France, qui est habituée à marcher à la tête de la civilisation, est devancée par tous les peuples, par ceux-là mêmes qui avaient conservé la législation française, et qui la repoussent maintenant comme une œuvre *détestable*, laquelle leur a été *imposée* par la *conquête* (1).

Je ne m'associe pas à cette réaction injuste contre la France. Il est vrai que la conquête nous a réunis à la république et qu'elle nous a imposé les lois de la révolution; mais si jamais les conquêtes pouvaient être légitimées par les bienfaits qu'elles répandent, ce sont bien les conquêtes de la France révolutionnaire. La révolution française a détruit les derniers débris de la servitude féodale; elle a proclamé la liberté et l'égalité des personnes, et, par suite, la liberté du sol. Voilà le régime que la conquête nous a donné. Il y a de l'ingratitude à nous, qui avons été affranchis par la France, à maudire nos libérateurs; nous devons les bénir. La codification du droit est encore un des bienfaits de la révolution; les Italiens et les Hollandais ne se sont jamais plaints que la république leur ait *imposé* le code civil; la Belgique l'a maintenu sans même en changer le titre; c'est toujours au nom du *code Napoléon* que la justice se rend chez nous; les Belges n'attachent à ce nom aucun souvenir d'oppression. Mais il y a dans les codes, et même dans le code civil, un élément réactionnaire; c'est un mouvement de recul, qui s'explique par la marche des révolutions, mais qui n'en est pas moins mauvais. La révolution, dans ses aspirations infinies, avait, en bien des choses, dépassé la limite du possible; de là un inévitable retour vers le passé. Napoléon n'est pas l'homme de 1789, il est l'homme de la réaction; c'est un César. Il rencontra de la résistance dans le Tribunat; au lieu de

(1) Ce sont les expressions d'Allard, mon regretté collègue, mort trop jeune pour la science; il est le rédacteur du nouveau code de procédure, dont je vais parler.

l'écouter, il le brisa. Ce fut un grand malheur. S'il avait compris l'opposition que les tribuns faisaient au projet de code civil, l'œuvre à laquelle il attacha son nom eût été plus parfaite, la nouvelle législation aurait été écrite dans l'esprit de 1789, et l'on ne songerait pas à refaire les codes français, dont notre constitution ordonne la revision. Il y avait deux traditions au moment où l'on procéda à la codification du droit, celle du vieux régime et celle de 1789. Dans la matière qui nous occupe, le législateur français s'est écarté de la bonne tradition, celle des idées généreuses que la philosophie avait répandues au dix-huitième siècle, et que l'Assemblée Constituante avait sanctionnées; c'est à la France républicaine à la reprendre.

§ I. *Le nouveau code de procédure belge* (1).

N° 1. LE PRINCIPE.

2. Le droit d'agir en justice est-il un droit civil ? La loi doit-elle faire une différence entre l'étranger et l'indigène en ce qui concerne le droit de former une action judiciaire ? Soutenir et défendre ses droits devant les juges qui ont pour mission de rendre la justice paraît le plus naturel des droits. Cependant, dans la haute antiquité, il fallait un traité pour que l'étranger eût la faculté de porter ses demandes devant les tribunaux ; en l'absence d'un traité, il était sans droit. Dans cet état de choses, l'étranger ne pouvait pas même se présenter en justice, il devait se mettre sous la protection d'un patron qui le représentait. C'est dire que la justice était un droit civil dont l'étranger était exclu, comme il était exclu de tout droit.

Le nouveau code de procédure belge (2) s'inspire d'autres idées et d'autres sentiments. M. Allard dit dans le rapport fait au nom de la commission : « La loi belge range sur la même ligne, quant au droit de former une

(1) Voyez l'article que j'ai publié, sous ce titre, dans le *Journal de Droit international privé*, 1877, p. 496-511.
(2) Loi du 26 mars 1876, comprenant le titre préliminaire.

action en justice, les étrangers et les Belges. » M. Dupont reproduit cette déclaration dans le rapport qu'il a fait à la Chambre des représentants. L'un et l'autre rapporteur sont d'une concision par trop laconique en justifiant cette innovation apportée à la législation française : ils invoquent l'opinion des publicistes et la législation des autres peuples de l'Europe. Il y a une autorité plus grande, celle de la philosophie et de la révolution de 1789. Il ne faut pas isoler la question que je viens de poser relativement au droit des étrangers d'agir en justice; ce n'est qu'un détail d'une question bien plus étendue : Y a-t-il et doit-il y avoir une différence entre les étrangers et les naturels d'un pays quant à la jouissance des droits privés? Les philosophes du dix-huitième siècle n'étaient pas des légistes; Montesquieu, quoique président d'un parlement, était un philosophe; un légiste n'aurait pas écrit l'*Esprit des lois*. La philosophie, au dernier siècle, était cosmopolite, humaine par excellence; l'amour de l'humanité était sa religion. Il y a un écueil au cosmopolitisme, c'est que le vague amour du genre humain empêche de concentrer ses affections sur la patrie et la famille. Rousseau combattit le cosmopolitisme qui menaçait de ruiner l'amour de la patrie et la famille; il disait des philosophes qu'ils aimaient les Hottentots pour se dispenser d'aimer leurs voisins. Cela n'empêche pas que le citoyen de Genève soit imbu de l'esprit de son temps; les paroles que je vais transcrire sont d'autant plus remarquables qu'elles émanent du moins cosmopolite des écrivains français : « Les peuples doivent se lier, non par des traités de guerre, mais par des bienfaits. Que le législateur les unisse donc en faisant tomber cette *odieuse distinction de regnicoles et d'étrangers*. » Montesquieu flétrit le *droit insensé d'aubaine*, au nom de la *justice* et de l'*humanité*. L'Assemblée Constituante consacra le vœu et les sentiments de la philosophie dans le décret du 6 août 1790, qui abolit le droit d'aubaine; elle le fit au nom des *principes de fraternité* qui doivent lier *tous les hommes*, à quelque *pays* qu'ils appartiennent; elle renonça à un droit *barbare*, qui passait jadis pour un fleuron de la couronne; le peuple français répudia

ce honteux héritage, au nom de sa constitution, fondée sur les *droits de l'homme*. La France libre déclara « qu'elle ouvrait son sein à *tous les peuples de la terre*, en les invitant à jouir, sous un gouvernement libre, des *droits sacrés* et *inviolables de l'humanité.* » C'était effacer, comme le demandait Rousseau, la distinction d'indigènes et d'étrangers. Dans ce nouvel ordre d'idées, la question que je viens de poser sur le droit des *étrangers* d'agir en justice, venait à tomber; il n'y avait plus d'étrangers au point de vue du droit privé; ils se confondaient avec les Français et jouissaient des mêmes droits.

3. Ce n'est pas à cette tradition que le code civil se rattache; il rétrograda jusqu'à la loi des XII Tables. On sait que les Romains, le peuple juridique par excellence, écrivirent, sur ces fameuses Tables, que l'*étranger* est *sans droit*, parce qu'il est *ennemi* (1). C'était l'expression rigoureuse de l'état social des peuples anciens. La guerre était pour eux l'état de nature; même en temps de paix, les relations entre étrangers étaient hostiles, et la guerre conduisait à la destruction ou à l'esclavage des vaincus. Comment, dans un pareil état de choses, y aurait-il eu un droit pour des hommes qui étaient des ennemis mortels?

Le droit barbare des XII Tables a eu un long retentissement. Au dix-huitième siècle, Pothier enseignait encore que les étrangers étaient exclus du droit civil. Domat, avant lui, avait essayé de justifier cette exclusion au nom du droit naturel : la division du genre humain en nations indépendantes impliquait, selon lui, que les étrangers ne pouvaient pas participer au droit civil hors de leur patrie. Un autre légiste nous apprendra la raison de l'exclusion qui frappait les étrangers. Bacquet dit, dans son rapport sur le droit d'aubaine : « Au cœur de l'étranger, il y a toujours soupçon de quelque *poison caché*, je n'ose dire *trahison*. Aussi on tient pour *règle générale* que la *nation étrangère détruit* et *ruine* le *royaume* et la *terre* où elle vient *habiter*. » Le légiste conclut que le *nom* d'*étranger*

(1) *In hostem perpetua auctoritas.*

est *toujours odieux* (1). Un Romain des XII Tables aurait pu signer ces paroles haineuses : les sentiments et les idées sont identiques. Et tels sont aussi les sentiments et les idées qui inspirèrent les auteurs du code civil. Je vais citer mes témoignages. Pour ne pas les multiplier, je laisserai de côté les doctrines que Portalis oppose au cosmopolitisme de l'Assemblée Constituante (2); son langage est calme et mesuré, parce qu'il parle comme orateur du gouvernement, mais en répudiant les idées trop généreuses, selon lui, de l'Assemblée Constituante, il reculait nécessairement jusqu'à Bacquet, et par lui jusqu'aux XII Tables. Un tribun, partisan des idées napoléoniennes, nous révélera le vrai caractère du code civil dans ses dispositions de droit international privé : « Le genre humain n'est qu'une grande famille, dit Carrion-Nisas, je le sais. Tous les peuples sont frères, j'en conviens. Mais ce sont des frères dont les querelles seront éternellement soumises à la décision du glaive. Si la paix perpétuelle, si la *fraternité universelle* sont des rêves impossibles à réaliser, pourquoi provoquer une *fusion indiscrète*, un *mélange effréné des peuples*, pendant ces courts intervalles de paix qui *suspendent momentanément l'état de guerre*, qui est malheureusement l'*état habituel* du globe? Gardons plutôt ce *caractère particulier*, cette *attitude nationale*, ces traits distinctifs dont l'effacement est toujours un signe certain de la *décadence des empires* (3). »

Voilà bien la tradition des XII Tables. La guerre est l'état habituel des peuples. La *fraternité universelle* est un *rêve*. Donc les hommes sont nés ennemis : l'*homme* est un *loup* pour l'*homme*. Ce serait folie d'admettre les loups dans la bergerie en accordant la jouissance des droits civils aux étrangers; il faut éviter ce *mélange effréné* qui détruirait la nationalité française. Que chaque peuple vive de sa vie propre, afin de conserver son caractère distinct. Puisque la *guerre* est *perpétuelle*, il faut

(1) Bacquet, *Droit d'aubaine*, chap. III, nos 14, 18 et 19.
(2) J'ai cité ses paroles dans le tome II de ces Études, p. 19, n° 7.
(3) Séance du Tribunat du 3 nivôse an X (*Archives parlementaires*, t. III, p. 251).

dire que tout étranger est un ennemi. Traitons-le comme tel. Ne lui communiquons pas notre droit civil. L'idéal du tribun serait, non pas Rome, mais Sparte. Rome se contentait d'expulser par-ci par-là les étrangers ; à Sparte, la xénélasie était une règle constitutionnelle.

4. Telle est la théorie générale du code sur le droit des étrangers. La jurisprudence l'applique à la question de principe que j'ai posée : le droit d'agir en justice est-il un droit civil? c'est-à-dire les tribunaux français ont-ils mission de rendre la justice aux étrangers? Je dis la jurisprudence, car le code civil ne s'occupe pas des étrangers, sauf quand il y a conflit entre un étranger et un Français ; il faut bien que, dans ce cas, le juge intervienne pour y mettre fin, à moins qu'on ne rétablisse le droit du plus fort, qui régnait au moyen âge. Mais quand deux étrangers ont un procès, le code est muet. Comment interpréter ce silence? Les tribunaux français, dit la cour de cassation de France, sont institués pour rendre la justice aux Français (1). Ainsi pas de justice pour les étrangers. Mais si les étrangers, en s'établissant en France, perdent leur nationalité, ils seront étrangers partout; il n'y aura donc aucune justice pour eux sur la terre! La jurisprudence française ne s'en inquiète pas. Ecoutons la cour de Colmar : « Si le *droit* de rendre la justice est un des apanages de la *souveraineté*, celui de la réclamer et de l'obtenir est un avantage que le *sujet* est fondé à réclamer de son *souverain*. Sous ce double rapport *chaque monarque ne doit la justice qu'à ses sujets*, et *doit* la *refuser* aux *étrangers*, à moins qu'il n'ait un *intérêt* bien *reconnu* à faire juger le procès dans ses Etats (2). » C'est dire aux étrangers : « Restez chez vous; en France vous ne trouverez pas justice; les tribunaux sont des tribunaux *français;* ils doivent vous refuser la justice, à moins que la France n'ait un intérêt bien évident à vous la rendre. »

Il y a un abîme entre cette conception des relations internationales et la fraternité universelle proclamée par

(1) Rejet, 2 avril 1833 (Dalloz, *Répertoire,* au mot *Droit civil,* n° 314).

(2) Colmar, 30 décembre 1815 (Dalloz, *Répertoire,* au mot *Droit civil,* n° 324).

l'Assemblée Constituante! Faut-il demander de quel côté est la vérité? La justice n'est ni un *droit*, ni un *avantage*, ni un *intérêt*; c'est avant tout un devoir que la société est tenue de remplir. Ne doit-elle la justice qu'aux nationaux? La justice est universelle de sa nature, comme l'idée divine dont elle émane; elle est due à l'*homme* et non au *citoyen*. Il n'y a plus de *société* là où il n'y a point de *justice;* donc dès qu'il y a un procès, il doit être vidé, sans que le juge ait à s'enquérir si les parties sont françaises ou étrangères. Vainement renverrait-on les étrangers à leurs juges nationaux; il y a des étrangers, et en grand nombre, qui n'ont plus de patrie, donc plus de juges nationaux; pour eux, il n'y aurait plus de justice nulle part, et ils en seraient réduits à vider leurs différends par la force, comme on le faisait au moyen âge : le *droit du poing*, comme les Allemands ont appelé le droit du plus fort, est au bout de la doctrine telle qu'elle est formulée par la jurisprudence française.

Je suis heureux d'ajouter que les cours de Belgique ont obéi à une autre inspiration, celle de la fraternité humaine, idée tout ensemble chrétienne et philosophique. La cour de Bruxelles nie que le droit d'agir devant les tribunaux soit un *droit civil,* dans le sens de l'article 11 du code Napoléon. « Le droit d'ester en justice, dit-elle, n'est pas un de ces droits *civils*, uniquement attachés à la qualité de Belge, mais plutôt un de ces droits qui, comme le droit d'acheter et de se marier, doit être rangé dans la catégorie des droits appartenant, ainsi que le dit Portalis, bien plus au *droit des gens* qu'au *droit civil*, et dont l'exercice ne pourrait être interrompu sans porter atteinte aux relations qui existent entre les peuples (1). » Dans un autre arrêt, la même cour formule le principe de la compétence des tribunaux à l'égard des étrangers, comme le fait M. Allard dans son rapport, mais en termes plus nets et plus formels : « Aucun texte de loi ne contient le principe que les tribunaux belges ne peuvent connaître des contestations qui s'élèvent entre les étran-

(1) Bruxelles, 28 mai 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 294).

gers, alors même qu'il s'agit d'obligations contractées à l'étranger. Le principe contraire est consacré par le droit des gens, qui reconnaît aujourd'hui, en Europe, comme une règle de droit commun, nécessitée par les développements de la civilisation et les relations fréquentes des peuples entre eux, que « *le pouvoir judiciaire d'une nation s'étend sur la personne et les biens de l'étranger, comme sur la personne et les biens des nationaux* » (1).

5. J'applaudis à cette doctrine, mais je n'oserais pas affirmer que la jurisprudence des cours de Belgique soit l'expression fidèle des idées qui dominent dans le code Napoléon. La compétence est essentiellement de droit positif; c'est la loi de chaque pays qui la détermine. Nos juges ne décident pas en vertu du droit des gens, ils décident en vertu de notre droit belge, qui, jusqu'ici, en matière de droit civil, est la loi française. Toute règle de compétence doit être sanctionnée par le recours en cassation : et conçoit-on qu'un étranger se pourvoie en cassation contre un jugement qui refuserait de juger à raison de son extranéité? Il faut qu'il y ait un texte de loi violé pour que la cour suprême puisse casser et annuler. Si l'on invoquait le droit des gens devant elle, elle serait en droit d'exiger que l'on produisît ce droit et la loi ou le traité qui le consacre en Belgique, et est-il nécessaire d'ajouter que le droit des gens n'existe encore qu'à l'état de théorie? Toutefois le procureur général près la cour de cassation de Belgique s'est prononcé en faveur de l'opinion sanctionnée par la cour de Bruxelles (2). M. Leclercq, dans un savant réquisitoire, conteste le principe sur lequel se fonde la jurisprudence française ; il nie que les tribunaux soient établis uniquement pour veiller aux intérêts des indigènes. La loi qui les institue a un but plus élevé, c'est le maintien de l'ordre, disons mieux, le maintien du *droit*. Or, l'*ordre* ne serait-il pas *troublé*, et le *droit* ne serait-il pas *violé*, si le juge pouvait refuser de juger une contestation qui lui est soumise? Vainement dit-on que

(1) Bruxelles, 28 avril 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 217).
(2) *Pasicrisie*, 1840, 1, 319.

le tribunal qui se déclare incompétent renvoie les étrangers devant les tribunaux de leur pays, c'est-à-dire, devant leurs juges naturels. Sans doute, le demandeur doit porter son action devant le tribunal du défendeur. Mais quel est ce tribunal? N'est-ce pas le tribunal du lieu que le défendeur habite? N'est-ce pas devant ce juge qu'il a intérêt à se présenter? N'est-ce pas devant ce juge que l'on doit avoir le droit de le citer? Serait-ce une justice que de renvoyer l'étranger à se pourvoir devant le tribunal de New-York, alors qu'à raison de la nature du litige, les points contestés devraient être établis, ou par une preuve testimoniale, ou d'après l'inspection des lieux, ou d'après des usages locaux ?

Ces principes ont été consacrés par la loi belge. En les exposant dans le premier volume de mes *Principes de droit civil,* publié en 1869, je disais que toutes les nations civilisées admettaient la doctrine de nos cours et j'ajoutais : « La France seule fera-t-elle exception, elle qui la première a aboli le droit d'aubaine au nom de la fraternité universelle? » C'est dire que l'Europe doit à la France le principe de fraternité dans l'ordre civil. En 1789, l'Europe refusa de la suivre dans la voie que la Révolution inaugurait. Lorsque, en 1877, je rendis compte de la loi belge sur la compétence, je répondis à la question que je viens de poser : « Quand la France aura repris possession d'elle même, elle reviendra à la tradition de 1789, et elle effacera de sa législation les dispositions hostiles à l'étranger ; dispositions si contraires à son génie cosmopolite. » Au moment où j'écris ces lignes (1880), la République est consolidée en France; il n'est plus douteux qu'elle revienne à la doctrine de fraternité dont elle a pris la généreuse initiative, à la suite des philosophes du dix-huitième siècle; car, il ne faut pas l'oublier, les décrets de l'Assemblée Constituante ont été inspirés et dictés par les philosophes. C'est une gloire pour la philosophie et pour la France.

N° 2. APPLICATION DU PRINCIPE DE FRATERNITÉ A LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX BELGES A L'ÉGARD DES ÉTRANGERS.

6. Quand on lit la loi belge de 1876, on est étonné, au premier abord, de n'y pas lire le nouveau principe qui met les étrangers sur la même ligne que les Belges en ce qui concerne le droit d'ester en justice. Notre code de procédure a été rédigé par un jurisconsulte consommé, et il est conçu d'après la rigueur du droit, jusque dans sa forme. Fallait-il dire que l'étranger est assimilé aux Belges ? Non, il suffisait de ne pas établir de différence entre l'un et l'autre ; par cela seul qu'il n'y avait pas d'inégalité, l'égalité était consacrée implicitement. Fallait-il dire que la loi belge abrogeait les dispositions exceptionnelles de l'article 14 du code Napoléon ? Non, le législaliteur les abolissait virtuellement en ne les reproduisant pas ? En cette matière, le code Napoléon dérogait au droit commun ; les auteurs de la loi belge rentrent dans le droit commun, sans tenir compte de la législation française ; ils la considèrent comme non avenue, et ils formulent leurs principes, comme si le code Napoléon n'existait point. Le procédé est juridique, et si les lois n'étaient faites que pour des jurisconsultes aussi parfaits que l'auteur de notre code de procédure, la marche qu'il suit serait irréprochable. Mais il n'en est pas ainsi. Les lois s'adressent à toute la nation, il faut donc qu'elles soient conçues de façon que tout le monde les puisse comprendre. Or, rien n'est moins connu que le droit, et jamais présomption n'a été plus contraire à la vérité que celle qui dit que personne n'est censé ignorer la loi. Il est donc bon que le législateur dise clairement ce qu'il veut ; cela est vrai surtout quand il consacre une innovation aussi importante que celle qui fait l'objet de cette Etude. La loi belge renverse tout le système de la jurisprudence française, elle remplace l'inégalité par l'égalité, les exceptions par le droit commun. Il me semble que cela valait bien la peine d'être dit. En fait de législation, on devrait toujours se rappeler le bon mot de Talleyrand : « Ce qui va sans dire va encore mieux en le disant. » Le législateur belge, au

contraire, ne pose pas de principes, il les suppose ; on doit presque deviner ce qu'il veut dire. Mieux eût valu qu'il le dît lui-même ; la loi y aurait gagné en clarté, et aussi en grandeur.

J'ai dû faire cette critique de la loi belge, dans l'intérêt des étrangers, auxquels il serait encore plus difficile qu'à nous de comprendre la portée des innovations que la loi de 1876 a consacrées. La première question qu'un légiste étranger se fera en lisant la loi est celle-ci : « Est-ce que la loi nouvelle maintient la doctrine de la jurisprudence française ? » A première vue, il pourrait le croire. Les articles 52 et 54 ne parlent pas en termes exprès du cas où l'étranger est demandeur et où le défendeur est étranger. Il en était de même du code Napoléon. Sous l'empire du code français, on concluait du silence de la loi que les tribunaux français étaient incompétents pour connaître des procès entre étrangers. Le silence du code belge a-t-il la même signification? Non, certes; les rapporteurs des deux commissions disent formellement qu'il n'y a plus aucune différence entre l'étranger et le Belge en ce qui concerne la compétence. Pourquoi ne pas le dire dans la loi? Que le demandeur soit étranger ou Belge, peu importe; il a toujours accès devant nos tribunaux. L'étranger est-il défendeur, on lui applique aussi le principe qui régit les Belges : il doit être traduit devant le tribunal de son domicile. De là suit que l'article 14 du code Napoléon est abrogé. Toujours sans que la loi le dise. Enfin, il y a des cas dans lesquels les étrangers peuvent être assignés devant les tribunaux belges, sans qu'il y ait lieu de distinguer si le demandeur est Belge ou étranger. A première vue, ces cas ont l'air d'être des exceptions au droit commun ; en réalité, l'article 52 ne fait qu'appliquer la règle générale. M. Dupont le dit dans son rapport à la Chambre des représentants : « Le principe qu'il faut admettre et que l'on a appliqué dans l'article 52, c'est que l'étranger peut être poursuivi en Belgique non seulement quand il y est domicilié, mais encore chaque fois qu'un Belge peut être, à raison de circonstances spéciales, distrait de son juge naturel. L'étranger ne peut réclamer

une position plus favorable que le Belge lui-même. Si, par des motifs d'intérêt général, la loi impose à ce dernier l'obligation de se soumettre à la compétence d'un autre tribunal que celui de son domicile, elle ne peut se montrer moins exigeante à l'égard de l'étranger ».

Quel est donc, en définitive, le principe fondamental de la loi de 1876? C'est que l'étranger est mis sur la même ligne que le Belge, soit comme demandeur, soit comme défendeur. En d'autres termes, il n'y a plus d'étranger en ce qui concerce la distribution de la justice. C'est l'application à la compétence du décret de 1790 sur l'abolition du droit d'aubaine. Toutefois, l'assimilation de l'étranger et du Belge, en matière de compétence, n'est pas absolue. L'Assemblée Constituante proclama l'égalité qui doit régner entre frères, sans exiger la réciprocité. C'est le vrai principe. Le code Napoléon remplaça l'égalité par le système de réciprocité, faux principe, que le législateur français lui-même a abandonné dans la loi du 14 juillet 1819 qui abolit le droit d'aubaine; et, à sa suite, la loi belge de 1867 en a fait autant. La loi de 1876 revient au système de réciprocité, par exception, comme je vais le dire en entrant dans les détails de la compétence. Mais je n'expose que les principes, en laissant de côté les difficultés, la matière étant en dehors des limites de ces Etudes.

7. L'article 52 porte : « Les étrangers pourront être assignés devant les tribunaux du royaume, soit par un Belge, soit par un étranger, dans les cas suivants : »

1° *En matière immobilière*. C'est le droit commun établi par l'article 46 : « En matière immobilière, l'action sera portée devant le juge de la situation de l'immeuble. » La nationalité du propriétaire ou du possesseur de l'immeuble est indifférente; on n'en doit tenir aucun compte. Il en était déjà ainsi sous l'empire du code Napoléon.

2° *Si les étrangers ont en Belgique un domicile ou une résidence, ou s'ils y ont fait élection de domicile*. C'est encore le droit commun, tel qu'il est établi par l'article 39 de la loi nouvelle : « Le juge du domicile du défendeur est seul compétent pour connaître de la cause, sauf les

modifications et exceptions prévues par la loi. Quand le domicile n'est pas connu, la résidence actuelle en tiendra lieu ». Tel était aussi le principe de la législation française (c. de proc., art. 59). Il en est de même de la compétence qui résulte de l'élection de domicile (c. N., art. 111); l'article 43 de la loi 1876 reproduit la législation existante : « Si un domicile a été élu pour l'exécution d'un acte, l'action pourra être portée devant le juge de ce domicile. » C'est une règle universellement admise par le droit des gens que l'étranger qui s'établit dans un pays se soumet, par cela même, à la juridiction de ses magistrats. Si l'étranger n'a pas de domicile proprement dit, on s'attache à la résidence. La compétence à raison du domicile semble être une exception, d'après la rédaction de la loi : en réalité, c'est l'application d'une règle. Cela tient au singulier système de la loi, qui ne pose aucun principe en ce qui concerne les étrangers.

3° *Si l'obligation qui sert de base à la demande est née, a été ou doit être exécutée en Belgique.* Le rapport renvoie à l'article 42 de la loi, qui est ainsi conçu : « En matière mobilière, l'action pourra être portée devant le juge du lieu dans lequel l'obligation est née, ou dans lequel elle doit être ou a été exécutée. » Cette disposition consacre une grave innovation ; pour en faire comprendre la portée, je transcris le rapport de M. Allard, qui a servi d'exposé des motifs : « La loi permet au demandeur en matière civile, comme le code de procédure (art. 420) le permettait en matière commerciale, de porter son *action mobilière* devant le juge du lieu dans lequel l'*obligation est née* ou doit être exécutée. Nous admettons la distinction des actions en *mobilières* et *immobilières*, comme pouvant servir à déterminer la compétence, mais nous rejetons comme inutile, à cet égard, la distinction des actions en *réelles* et *personnelles*. L'article 42 généralise l'article 420 et l'étend aux actions civiles. Dans notre système, peu importe la cause de l'obligation ; que ce soit un contrat, un quasi-contrat, un délit ou un quasi-délit, il suffit toujours de rechercher en quel lieu l'obligation est née ou en quel lieu elle doit recevoir son exécution. Il

n'existe pas de motif pour traiter plus favorablement les matières commerciales que les matières civiles. Ce qui est bon dans celles-là est précieux dans toutes, la célérité est impérieusement commandée par l'intérêt des justiciables. L'article 420 n'avait pas d'autre but. De même que la procédure commerciale nous servira en grande partie de type, de même nous voulons permettre au demandeur en matière civile d'obtenir facilement la réalisation des obligations contractées envers lui. L'*option* accordée au demandeur par l'article 42 est fort utile. C'est ordinairement au *forum contractus* que se trouvent les témoins et les pièces ».

Les derniers mots de l'article 42 : *ou a été exécutée*, ont été ajoutés au projet par la commission de la Chambre des représentants. Si des difficultés s'élèvent sur l'éxécution, la compétence du tribunal subsistera : il n'y a aucune raison d'établir une différence entre le cas où l'obligation *a été exécutée*, et celui où elle ne l'a pas encore été.

4° *Si l'action est relative à une succession ouverte en Belgique*. La loi belge de 1865, qui a reproduit la loi française de 1819, assimile l'étranger au Belge en ce qui concerne les successions ouvertes en Belgique ; l'étranger, succédant d'après le code civil, est soumis par cela même à la compétence des tribunaux belges. Nos tribunaux sont aussi compétents pour connaître des prélèvements que la loi de 1865 autorise en faveur des héritiers belges sur les biens situés en Belgique. Je reviendrai sur tous ces points en traitant des successions.

Quand la succession s'ouvre à l'étranger, on applique l'article 48, aux termes duquel les actions sont portées devant le tribunal de la situation des immeubles. Si la succession ne comprend pas d'immeubles situés en Belgique, la compétence est réglée par l'article 53 combiné avec l'article 39 : j'y reviendrai.

5° *S'il s'agit de demandes en validité ou en maintien de saisies-arrêts formées dans le royaume, ou de toutes autres mesures provisoires ou conservatoires*. Cette disposition remonte à notre ancien droit. Il s'agit de mesures qui ne comportent pas de retard ou que l'humanité et les

bonnes mœurs réclament; même sous l'empire du code civil, on admettait que la compétence des tribunaux français était obligatoire en cette matière.

6° *Si la demande est connexe à un procès déjà pendant devant un tribunal belge.* C'est le droit commun : la *connexité* a toujours été considérée comme attributive de juridiction, afin d'éviter des décisions contraires rendues par des tribunaux différents dans une même affaire.

7° *S'il s'agit de faire déclarer exécutoires en Belgique les décisions judiciaires rendues ou les actes authentiques passés en pays étranger.* Les actes authentiques passés en pays étranger et les jugements rendus à l'étranger ne sont exécutoires en Belgique qu'en vertu d'un nouveau jugement, rendu par un tribunal de première instance. S'il existe un traité de réciprocité, le tribunal ne revise pas le fond du litige. Il examine seulement si la décision ne contient rien de contraire à l'ordre public belge; si, d'après la loi du pays où la décision a été rendue, elle est passée en force de chose jugée; si, d'après la même loi, l'expédition qui en est produite réunit les conditions nécessaires à son authenticité; si les droits de la défense ont été respectés; si le tribunal étranger n'est pas uniquement compétent à raison de la nationalité de l'étranger. L'article 52, n° 7, a pour objet d'étendre aux étrangers le droit de faire déclarer exécutoires en Belgique les décisions rendues et les actes passés en pays étranger. C'est l'application du principe qui assimile l'étranger au Belge; si la loi avait formulé le principe, le n° 7 eût été inutile.

8° *S'il s'agit d'une contestation en matière de faillite, quand cette faillite est ouverte en Belgique.* Cette disposition a été introduite par la commission de la Chambre : « Il importe, dit le rapporteur, que les étrangers comme les Belges puissent être assignés devant le tribunal qui surveille la liquidation du patrimoine du failli. »

9° *S'il s'agit d'une demande en garantie ou d'une demande reconventionnelle, quand la demande originaire est pendante devant un tribunal belge.* A la rigueur cette disposition est inutile, puisque ces demandes sont *connexes*, et rentrent, par conséquent, dans le n° 6. La com-

mission de la Chambre a cru devoir dire expressément que l'étranger pourra être attrait en cette matière devant les tribunaux belges, afin de prévenir tout doute sur ce point.

10° *Dans le cas où il y a plusieurs défendeurs, dont l'un a en Belgique son domicile ou sa résidence.* C'est l'application du droit commun, consacré par l'article 39, qui porte : « S'il y a plusieurs défendeurs, la cause sera portée, au choix du demandeur, devant le juge du domicile de l'un d'eux. » La disposition du n° 10 eût encore été inutile si la loi avait posé comme principe général que l'étranger est assimilé au Belge.

8. Dans les cas prévus par l'article 52, la compétence des tribunaux belges est obligatoire, l'étranger ne peut pas la décliner. Quelle sera la situation des parties si elles se trouvent dans un cas qui n'a pas été réglé par la loi ? Le demandeur peut toujours porter sa demande devant un tribunal belge, et comme la loi ne détermine pas le tribunal compétent, l'article 53 décide que le demandeur pourra intenter l'action devant le juge du lieu où il a lui-même son domicile ou sa résidence. L'étranger défendeur pourra-t-il décliner la compétence du tribunal ? En principe, il faudrait répondre affirmativement. En effet, la compétence du juge du domicile ou de la résidence forme la règle générale (art. 39) ; l'article 52 y déroge en permettant d'attraire devant les tribunaux belges des étrangers même non domiciliés ou non résidents ; or, dès que l'on ne se trouve plus dans le cas de l'exception, on rentre dans la règle et, partant, la compétence obligatoire du tribunal belge cesse ; donc l'étranger devrait avoir le droit de décliner une juridiction qui n'est pas la sienne. La loi admet cette doctrine, mais avec une restriction ; elle ne permet à l'étranger de décliner la juridiction belge, que si le Belge peut décliner la juridiction étrangère ; elle subordonne donc le droit de l'étranger à la condition de réciprocité.

C'est le système de l'article 11 du code Napoléon. La France et la Belgique l'ont abandonné en ce qui regarde le droit d'aubaine ; l'étranger succède en France et en

Belgique, quand même le Français et le Belge ne succéderaient pas dans le pays de cet étranger. C'est reconnaître que la réciprocité n'est pas un principe, c'est une règle d'utilité. N'était-ce pas le cas d'appliquer la belle maxime de Boissy d'Anglas, que ce qui est juste est aussi utile? Lors de la discussion qui eut lieu dans la Chambre des représentants, M. Lelièvre en fit la remarque. « Si les dispositions de la loi sont justes et rationnelles, dit-il, pourquoi en subordonner l'application au concours des nations étrangères? La justice demande que l'étranger puisse décliner la compétence de nos tribunaux s'il n'a ni domicile ni résidence en Belgique : est-ce que ce droit sera refusé à l'étranger, parce que les autres peuples n'observent pas la justice à l'égard des Belges ? Nous serons donc injustes, parce qu'il plaît à une nation quelconque d'être injuste envers nous, pour mieux dire, envers tout étranger? » Le rapporteur, M. Dupont, répondit qu'il était injuste et impolitique de consacrer le système du projet sans réciprocité : injuste, car les Belges pourraient être assignés devant les tribunaux étrangers, alors qu'ils n'auraient pas le droit d'assigner l'étranger en Belgique, l'étranger ayant le droit absolu de décliner la compétence de nos tribunaux : impolitique, car ce serait désarmer le gouvernement, qui n'aurait plus rien à offrir à l'Etat étranger auquel il demanderait pour les Belges le droit dont les étrangers jouiraient en Belgique. A mon avis, la justice de la réciprocité est, en réalité, une injustice. Je renvoie à la critique qui a été faite de ce principe au Tribunat, lors de la discussion sur le droit d'aubaine (1). On pouvait espérer que ce faux principe était ruiné, depuis que la France et la Belgique, à sa suite, l'avaient répudié. Au moins, faudrait-il laisser la justice de côté, car elle est évidemment sacrifiée. S'il est *injuste* de soumettre les étrangers à nos tribunaux quand ils n'ont en Belgique ni domicile ni résidence, est-ce qu'il sera *juste* de les y soumettre, parce que dans un pays étranger on commet cette *injustice* à l'égard des Belges ? Que l'on invoque la politique, soit. Encore,

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 31, n[os] 12-17.

est-ce une fausse politique. Quand le décret de 1852 abolit la contrefaçon en France, sans la condition de réciprocité, cette mesure généreuse empêcha-t-elle la piraterie littéraire d'être abolie partout par des traités ? Et s'il y avait un Etat qui refusât de traiter sur cette base, alors la Belgique aurait le droit d'user de représailles en refusant aux membres de cet Etat un droit qu'il refuserait aux Belges.

Reste à déterminer le mode de constater la réciprocité. Sur ce point, le législateur belge déroge à la législation française. Le code Napoléon (art. 11) voulait un traité, afin d'obliger l'Etat étranger par une convention. Mais il peut arriver que les rapports diplomatiques soient rompus, ou qu'il n'y en ait jamais eu ; dans ce cas, on se contente d'une loi ou d'une coutume, sauf à celui qui l'allègue à en faire la preuve. C'est le système que la loi belge de 1837 avait adopté en ce qui concerne la réciprocité en matière de successions. Cette loi est venue à tomber par suite de l'abolition du droit d'aubaine ; le principe a été appliqué à la compétence par la loi de 1876.

§ II. *Le système du code Napoléon.*

9. Le droit d'ester en justice est-il un droit civil, dans le sens de l'article 11 du code Napoléon ? En principe, il faut répondre affirmativement. Il est vrai que le code français ne dit pas en termes formels que l'étranger ne peut ester en justice en France que dans les cas où les Français sont admis à former une demande judiciaire dans le pays de cet étranger. Mais il n'est pas nécessaire, pour qu'un droit soit réputé civil, que la loi le dise ; il faut voir quelle est la nature du droit, dans l'esprit du législateur. Or, la place seule qu'occupent les articles 14, 15 et 16 qui traitent de la matière prouve que le droit d'ester en jugement est considéré par les auteurs du code comme un droit que la loi crée, et qui n'appartient à l'étranger que dans les cas où la loi le lui donne. Ces articles se trouvent dans le chapitre qui est intitulé : De la jouissance des *droits civils*. C'est après avoir dit, dans l'article 11, que l'étranger

ne jouit pas, en principe, des droits civils, et dans l'article 13, sous quelle condition il en peut obtenir la jouissance, que le législateur traite du droit de l'étranger d'ester en justice comme demandeur ou défendeur : tantôt il lui accorde ce droit, d'après la loi commune, en la modifiant en faveur du Français contre l'étranger, tantôt, il soumet l'étranger à des règles tout à fait exceptionnelles; enfin, dans le cas où les étrangers seuls sont en cause, il garde le silence, ce qui équivaut à leur refuser l'accès des tribunaux français. Si le droit d'ester en jugement était un de ces droits naturels que l'on rapporte au droit des gens, le législateur aurait pu garder le silence sur le point de savoir dans quels cas l'étranger en jouit, puisque cette jouissance eût été la règle : c'est ainsi qu'a procédé le législateur belge, comme je viens de le dire. En réglant ce droit, en le limitant, les auteurs du code civil ont suffisamment marqué leur intention et manifesté l'esprit qui les anime; c'est un esprit d'hostilité, de défiance, de nationalité étroite et égoïste. Aussi, que font les cours de Belgique qui interprètent le code civil dans un autre esprit ? La cour de Bruxelles cherche à prouver que le droit d'ester en jugement n'est pas un de ces droits qui sont attachés à la qualité de Belge, mais plutôt un de ces droits qui, comme le droit d'acheter ou de se marier, doit être rangé dans la catégorie de ceux qui appartiennent au droit des gens (1).

Il est certain qu'en théorie la cour de Bruxelles a raison. Celui qui est capable d'exercer un droit doit aussi avoir le droit d'en poursuivre l'exécution forcée; à quoi serviraient les droits s'ils n'avaient pas de sanction Ce qui caractérise les droits que l'on appelle parfaits, c'est précisément qu'on peut en demander l'exécution en justice, tandis que les droits moraux ne sont pas susceptibles d'une exécution pareille. Or, l'étranger peut être propriétaire et créancier; il doit donc avoir la faculté de faire valoir en justice ses droits de propriété et de créance, sinon ces droits seraient de vains mots. De là suit que la

(1) Bruxelles, 28 mai 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 294).

compétence des tribunaux s'étend, en principe, aux étrangers comme aux indigènes. On arrive à la même conclusion quand on examine l'objet de la justice. Ici encore, les deux doctrines se trouvent en conflit. Le code, tel que la jurisprudence française l'interprète, dit que les tribunaux français sont institués pour rendre justice aux Français (1); ce qui implique qu'ils ne la doivent pas aux étrangers, sauf quand il y a des Français en cause, ou que l'intérêt français l'exige. Voilà bien cet esprit étroit et égoïste que je viens de signaler. C'est une fausse idée de la justice, que de la restreindre aux nationaux. La justice est universelle de sa nature, comme l'idée divine dont elle émane; elle est donc due à l'*homme* et non au *citoyen*. Ici il faut appliquer, sans exception aucune, les idées généreuses que l'Assemblée Constituante a consacrées et qui forment la base de notre science. Le genre humain forme une grande famille dont les nations sont les membres; cette société universelle ne pourrait pas atteindre son but si le droit et, partant, la justice n'y régnaient. Donc, chaque société particulière doit être organisée de manière que la justice y soit distribuée à tout homme, comme tel; ce n'est pas pour rendre justice aux nationaux que les tribunaux sont institués, c'est pour maintenir le droit dans les sociétés humaines; donc, tout droit doit être sauvegardé, sans distinguer entre les étrangers et les naturels du pays.

Est-ce là la doctrine du code Napoléon? Il y a deux interprétations en présence, celle des cours de Belgique, et celle de la cour de cassation de France; laquelle est la plus conforme au texte du code et à son esprit? L'orateur du gouvernement qui a exposé les motifs du titre qui traite de la jouissance des droits civils semble protester d'avance contre les reproches que nous adressons à la législation française. Boulay avoue que les dispositions de l'article 14 sont à l'avantage des Français : ce n'est pas assez dire, elles sont exorbitantes du droit commun des nations civilisées. « Mais, ajoute l'orateur du gouvernement, il y a

(1) Rejet, 2 avril 1833 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil*, n° 314).

réciprocité en faveur de l'étranger; si le Français a contracté avec lui, même en pays étranger, nous accordons à l'étranger la faculté de traduire le Français devant les tribunaux de France ; car si nous ne voulons pas que le Français soit victime de la mauvaise foi de l'étranger, nous ne voulons pas non plus que l'étranger soit victime de la mauvaise foi du Français. *On ne peut pas porter plus loin l'esprit de justice et d'impartialité* (1) ».

La postérité n'est pas de l'avis de Boulay. « L'article 15, dit Bonfils, n'est que la consécration de la règle générale, *actor sequitur forum rei ;* notre législation n'eût pas pu nier ce droit à l'étranger créancier *sans mettre la France au ban de toutes les nations*, tandis que, chez les nations étrangères, l'article 11 est considéré comme contraire au droit des gens (2). » Ainsi, le code Napoléon s'est mis, en réalité, hors du droit commun des nations civilisées, de l'aveu même de l'auteur le plus récent, dont le mémoire sur la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers, a été couronné par le gouvernement !

Le code Napoléon reconnaît naturellement le droit d'ester en jugement à l'étranger défendeur. On n'a pas encore cité ce droit-là comme une preuve de l'*esprit de justice et d'impartialité* du législateur français. Tout y est, au contraire, à l'avantage des nationaux ; tout y est défavorable aux étrangers. Le législateur déroge aux règles universellement reçues sur la compétence, en permettant aux Français de distraire l'étranger de son juge naturel, et tout cela par défiance de la justice étrangère : n'est-ce pas dire que la France seule a des juges équitables et impartiaux ?

L'étranger peut être demandeur contre un étranger. Ici éclate l'esprit antihumain du législateur français. Le mot est dur, mais il est juste. C'est la jurisprudence française elle-même qui prononce la condamnation du code civil : « La France, dit la cour de Colmar, ne doit la justice

(1) Boulay, *Exposé des motifs*, n° 18 (Locré, t. I, p. 426, de l'édition belge).
(2) Bonfils, *De la Compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, p. 41, n° 46.

qu'aux Français; elle doit la refuser aux étrangers, à moins qu'elle n'ait un intérêt bien reconnu à faire juger le procès par ses tribunaux (1) ». C'est l'égoïsme national dans toute sa crudité. La cour formule ce prétendu principe dans les termes les plus absolus; ce n'est pas un droit particulier qu'elle réclame en faveur de la France, elle le revendique pour tous les Etats : chacun pour soi ! Est-ce bien là le droit commun du monde civilisé, comme la jurisprudence semble le croire? La France s'est, au contraire, mise au ban des nations civilisées; tous les peuples de l'Europe ouvrent leurs tribunaux aux demandes de l'étranger, au même titre qu'à l'indigène; la France seule pratique une exclusion digne de celle qui était écrite sur la loi des XII Tables : l'étranger est sans droit.

10. J'accuse la législation napoléonienne de barbarie, et je le prouve. Avant de parler de la compétence proprement dite, il est bon de montrer à quoi aboutit la doctrine française. Les indigents plaident sans frais, *pro Deo,* comme on dit : ce n'est pas une question d'humanité, la stricte justice exige ce privilége, si l'on peut appeler privilége un droit sans lequel l'accès de la justice serait interdit aux pauvres. Conçoit-on que l'Etat refuse sa protection à ceux qui, plus que les plaideurs en général, ont besoin de son appui? Eh bien, il a été jugé que le droit de procéder *pro Deo* devant les tribunaux n'a été introduit qu'au profit des indigents habitants du royaume, qui seuls peuvent l'invoquer. Quoi! la misère est une condition particulière au citoyen! l'indigence ne donne de droit qu'au citoyen! L'étranger indigent, plus misérable encore que l'indigent national, puisqu'il est inconnu de tout le monde, ne pourra plaider devant nos tribunaux qu'en payant des frais qu'il est dans l'impossibilité de supporter! Eh bien, ce déni de justice est une conséquence logique de la doctrine des droits civils. Chaque Etat ne doit protection qu'à ses nationaux; pour que les étrangers jouissent du *pro Deo*, il faut un traité de réciprocité. Il y a effectivement de ces traités; le royaume des Pays-

(1) Colmar, 30 décembre 1815 (Dalloz, *Répertoire,* au mot *Droit civil,* n° 324).

Bas en a conclu avec la Prusse, avec la Hesse Grand-Ducale; mais il n'y a pas de traité entre la Belgique et la France, donc les indigents français sont hors la loi. Ils sont peut-être tombés dans l'indigence parce qu'ils ont été injustement dépouillés; n'importe, il n'y a pas de justice pour eux, le spoliateur est protégé contre le spolié : l'article 11 du code Napoléon le veut ainsi (1).

Je me permettrai une objection. Nous avons en Belgique une Constitution, plus libérale que les lois françaises : l'article 128 assure aux étrangers la même protection qu'aux Belges. Les indigents étrangers ne pourraient-ils pas invoquer cette disposition? Je crains bien que mon objection ne soit écartée; d'abord la Constitution ne parle que de l'étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique, ce qui exclut les étrangers non résidants qui voudraient former une demande devant nos tribunaux, et, dans l'espèce jugée par la cour de Bruxelles, il s'agissait d'un indigent qui habitait Paris. Puis l'article 128 fait une réserve; il porte que tout étranger jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, mais il ajoute : « Sauf les exceptions établies par la loi ». Or l'article 11 est une de ces exceptions; on n'a jamais prétendu que la distinction des droits civils et des droits naturels ait été abrogée par la Constitution belge; donc il faut conclure que les indigents étrangers sont sans droit en Belgique, aussi longtemps qu'il n'y aura point de traités de réciprocité. La diplomatie ne s'est guère occupée jusqu'ici des misères humaines, mais, du moins, devrait-elle veiller à ce que le droit et la justice règnent dans le monde. Qu'importe que ces traités soient d'une rare application? Il suffit qu'il y ait un seul indigent étranger à qui l'on refuse le *pro Deo*, pour convaincre notre législation de barbarie et notre diplomatie d'indifférence.

11. L'étranger domicilié hors de France qui soutient un procès devant un tribunal français peut-il invoquer le tarif du 16 février 1807 dont l'article 146 assure une in-

(1) Bruxelles, 5 août 1833 (*Pasicrisie*, 1833, p. 216).

demnité au plaideur obligé de faire un voyage pour soutenir ses droits? On suppose que le voyage a été accompli dans la seule vue du procès. L'affirmative a été jugée par les cours d'Orléans et de Bordeaux, dans le cas où le procès était intenté par l'étranger contre un Français. La compétence des tribunaux français est alors obligatoire, et l'étranger, étant mis sur la même ligne que le Français, doit jouir des mêmes droits. On ne peut pas lui objecter que les frais de voyage sont un droit civil; car c'est un accessoire du procès, lequel, dans l'espèce, n'est pas considéré comme l'exercice d'un droit civil dans le sens de l'article 11, puisque l'étranger en jouit sans réciprocité. Mais je doute que la décision fût la même si le procès s'engageait entre deux étrangers; régulièrement les tribunaux français se déclareraient incompétents, et s'ils accueillaient la demande, ce serait en vertu d'une de ces exceptions arbitraires que la jurisprudence a imaginées et qui dépendent du bon vouloir des juges. L'étranger ne pourrait plus dire qu'il agit en vertu d'un droit qui lui est commun avec les Français, car ce droit égal lui est contesté. Au point de vue de la jurisprudence française, il serait très difficile de lui allouer des frais de voyage à raison d'un procès qu'en droit strict il n'a pas le droit de porter devant un tribunal de France.

Alors même que le demandeur invoque l'article 15, il se présente une difficulté qui a été décidée contre l'étranger. Dans l'espèce jugée par la cour d'Orléans, une femme, Française d'origine, et mariée à un Polonais, avait suivi son mari dans le Grand-Duché de Posen; elle intenta, devant le tribunal de Tours, un procès contre un notaire chargé d'effectuer divers placements et remboursements de fonds. Sa demande fut en partie accueillie, et les dépens mis pour moitié à la charge du notaire. Dans l'état des frais figurait un voyage de Posen à Paris. L'article fut réduit, et les frais taxés en calculant le voyage, non de Posen, mais de la frontière française près de Strasbourg jusqu'à Orléans. La cour maintint la taxe réduite, par le motif que l'étranger qui plaide en France ne peut réclamer le bénéfice du droit créé par les lois de

procédure, qu'au moment où il a commencé à être soumis à ces lois par sa présence sur le territoire français (1).

La cour de Bordeaux s'est prononcée dans le même sens. Dans l'espèce, il s'agissait d'un étranger domicilié en Angleterre; la cour décida que les frais de voyage n'étaient dus qu'à partir de la frontière, en les calculant du port où l'étranger a abordé. Elle se fonde sur les termes du décret qui calcule les frais par distance de myriamètres, ce qui implique un territoire continental; si l'on appliquait cette base à un voyage d'outre-mer, les frais seraient hors de proportion avec la dépense réelle et la valeur du litige (2). Cela est très juste, mais c'est la critique de la loi. D'une part, elle n'a prévu que les procès entre Français, et, d'autre part, elle ne pouvait prévoir que les frais seraient singulièrement diminués par les merveilleuses inventions qui abrégent les distances. Mais si la décision de la cour est basée sur le texte du décret, elle est certainement en opposition avec la volonté du législateur, et elle aboutit à une conséquence absurde; c'est que le plaideur qui a voyagé de New-York jusqu'à Paris est censé n'avoir fait le voyage qu'à partir du Havre, et que celui qui a été forcé de faire le trajet depuis Posen jusqu'à Orléans n'a voyagé légalement que depuis Strasbourg. Je demande si cette façon de rendre justice est conforme à l'équité et à l'impartialité. Le Français obtient une indemnité complète, et qui dépasse ses dépenses; l'étranger n'est pas indemnisé de ses frais; et cela parce que l'étranger ne peut invoquer la loi française qu'à partir du moment où il se soumet à la loi française, en mettant le pied sur le territoire français. Est-ce qu'il ne se soumet pas à la loi française en tout ce qui concerne la procédure, du moment qu'il forme son action? L'esprit étroit du code Napoléon se retrouve à chaque pas dans les décisions des tribunaux.

(1) Orléans, 22 mars 1851 (Dalloz, 1851, 2, 72).
(2) Bordeaux, 26 août 1856 (Dalloz, 1857, 2, 9). En sens contraire, Demangeat sur Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 280, note.

N° 1. ÉTRANGER ET FRANÇAIS.

12. L'article 15 du code Napoléon porte : « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger. » Telle est la disposition que l'orateur du gouvernement a célébrée comme un monument d'équité et d'impartialité. C'est tout simplement le droit commun, en vertu duquel le défendeur peut et doit être assigné devant le juge de son domicile. Peu importe donc que l'obligation ait été contractée en France ou en pays étranger ; ce n'est pas d'après le lieu où l'obligation naît que la compétence se règle, c'est par le domicile du défendeur. Le lieu peut donner au créancier le droit de traduire son débiteur devant le juge local ; je viens de dire qu'il en est ainsi d'après la loi belge de 1876 (n° 7). Dans ce cas, le demandeur a l'option ; mais toujours en vertu du droit commun. Il n'y a là ni équité ni impartialité en faveur de l'étranger ; il y aurait eu iniquité révoltante et déni de justice si le législateur français n'avait pas accordé à l'étranger demandeur le droit que les lois de tous les pays lui donnent.

13. Les auteurs français remarquent que le droit de l'étranger n'est pas soumis à la condition de réciprocité (1). C'est encore le droit commun. Dès qu'un droit est concédé à l'étranger, il cesse de former un droit civil, pour devenir un droit naturel ; or il va sans dire que les droits naturels ne sont pas soumis à la condition de réciprocité. Le principe qui régit la jouissance des droits naturels est celui de l'égalité entre les étrangers et les nationaux. Il suit de là que l'étranger jouit du droit que lui donne l'article 15, quand même les Français dans son pays seraient soumis à des dispositions restrictives ou exceptionnelles. Par contre l'étranger ne pourrait pas réclamer en France des faveurs dont il jouirait dans sa patrie, quand même les Français en profiteraient aussi. Là où règne l'égalité, il ne peut plus y avoir de priviléges, sauf en vertu d'un traité (1).

(1) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 588, n° 674. — Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 283, n° 130 (4e édition).

14. L'étranger demandeur, en France, est cependant soumis à une mesure exceptionnelle qui constitue un privilége pour le Français défendeur : il est tenu de donner caution pour le payement des frais et dommages-intérêts résultant du procès. C'est ce qu'on appelle la caution *judicatum solvi*. Je dis que c'est un privilége pour le Français défendeur. En effet le défendeur ne jouit pas du droit d'exiger caution quand le demandeur est Français; cependant celui-ci peut être insolvable, ou ses biens peuvent être situés à l'étranger. Et quand l'étranger est défendeur, il ne peut pas demander une caution du Français demandeur. Cette inégalité est injuste; et ce qui prouve qu'elle ne constitue pas une garantie nécessaire aux nationaux, c'est qu'ils n'en jouissent pas en matière de commerce. C'est une disposition traditionnelle qui a sa source dans la défiance et la défaveur dont les étrangers ont été l'objet pendant des siècles. Les sentiments se modifient et, par suite, les lois doivent changer. Le nouveau code de procédure belge n'a pas maintenu la caution *judicatum solvi*. J'y reviendrai.

N° 2. FRANÇAIS ET ÉTRANGERS.

15. L'article 14 du code Napoléon porte : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France, avec un Français. » Quand l'étranger a son domicile ou sa résidence en France, les tribunaux français sont compétents en vertu du principe que le défendeur peut et doit être assigné devant le tribunal de son domicile, ou, à défaut de domicile, de sa résidence. Le code ajoute qu'il en est de même quand l'étranger ne réside pas en France. En cela, il déroge au droit commun; l'étranger devrait, dans ce cas, être traduit devant le tribunal du pays où il a son domicile ou sa résidence; en permettant au Français d'assigner en France un étranger qui n'y réside pas, la loi lui accorde un privilége. Quels sont les motifs de cette dérogation? Avant de répondre à la question, je dois constater

que la loi établit encore une autre exception au droit commun, toujours dans l'intérêt du Français demandeur. L'article 14 ajoute : « L'étranger pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français. » Cette disposition est tout à fait exorbitante du droit commun. Le projet de code civil décidait la question en faveur de la juridiction étrangère, par application des principes généraux de compétence; il fut modifié, dans le cours de la discussion, par cette considération que le Français a des moyens d'action plus efficaces sur la personne et les biens de son débiteur, en vertu d'un jugement français; il peut saisir les biens et emprisonner le débiteur. Sans doute ces priviléges sont favorables au Français, mais il ne suffit pas qu'ils soient utiles, ils doivent avant tout être justes.

Les auteurs français sont très embarrassés pour justifier les exceptions au droit commun consacrées par l'article 14. Ils n'aiment pas à critiquer leur code, et, par suite, ils cherchent à atténuer ce qu'il y a d'exorbitant dans les priviléges qu'il accorde aux Français, au préjudice des étrangers. L'article 15, dit Massé, qui permet à l'étranger de traduire le Français devant les tribunaux de France lui donnerait une position en quelque sorte privilégiée, si le Français ne pouvait à son tour traduire l'étranger devant les tribunaux français. Ainsi citer le Français devant le tribunal de son domicile serait un *privilége!* Pour que l'*égalité* soit rétablie, il faut que le Français ait le même droit, et qu'il puisse aussi traduire l'étranger devant les tribunaux de France! Massé est trop bon jurisconsulte pour ne pas s'apercevoir que ce n'est pas l'étranger qui est privilégié, que c'est le Français, mais il a de la peine à en faire l'aveu. Il y a à remarquer, dit-il, que l'étranger, en citant le Français devant les juges de France, ne fait que se conformer à la règle qui, en matière personnelle, soumet le défendeur au tribunal de son domicile qui est son juge naturel; tandis que, pour citer un étranger devant un tribunal de France, à l'occasion des engagements qu'il a contractés, soit en France, soit en pays étranger, il faut *en quelque sorte* le soustraire à

son juge naturel (1). L'*en quelque sorte* est de trop. Pourquoi ces ménagements et cette demi-vérité? pourquoi ne pas avouer que le code Napoléon, en cette matière, déroge aux principes qui sont l'expression de la justice éternelle, et qu'il sacrifie le juste à l'utile?

Je préfère le langage, un peu cru, d'un jeune écrivain qui applaudit à tout ce que dit le code Napoléon. Sapey se demande s'il y avait des motifs suffisants pour déroger à la règle générale *Actor sequitur forum rei*, en permettant d'appeler l'étranger devant les tribunaux de France, même pour des obligations contractées loin d'elle? Cette *rigueur*, dit-il, a soulevé des murmures, surtout en Allemagne, et quelques législations y ont répondu par des représailles. Les Allemands ont tort : c'est le devoir du législateur d'accompagner partout le Français de sa protection. Sans doute. Mais comme chaque Etat a le même devoir, les Français perdront, comme défendeurs à l'étranger, ce qu'ils gagneront en France comme demandeurs; et de représailles en représailles, la justice deviendra une guerre, et les peuples, au lieu de s'unir en une grande famille, comme le voulait l'Assemblée Constituante, deviendront de plus en plus ennemis; et l'on aboutira à cette horrible maxime des vieux temps, reproduite par Hobbes, que l'homme est un loup pour l'homme. Est-ce là ce que Dieu a voulu en nous créant frères? Sapey essaye de concilier l'utilité avec la justice; il dit que « le fait même de l'obligation contractée envers un Français peut être considéré, de la part de l'étranger, comme une renonciation à la juridiction de son juge naturel, puisque cette renonciation est la première condition du contrat qu'il passe. » Non, en contractant avec un Français, l'étranger ne renonce pas à son juge naturel; car la renonciation implique la liberté de la part de celui qui renonce, et l'étranger n'est pas libre, il subit la loi sans l'accepter. C'est, en définitive, le droit du plus fort que l'on invoque pour justifier l'abus de la force. La conclusion de Sapey est digne de ses prémisses. La disposition de l'article 14 est excep-

(1) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 588, n° 677.

tionnelle, exorbitante du droit commun ; ces dérogations sont toujours d'étroite interprétation ; on n'étend pas l'injustice, on la restreint. *Vains scrupules*, dit Sapey, qui ne doivent pas arrêter l'interprète; il peut et doit étendre la disposition de l'article 14, même au cas où un étranger a contracté avec un autre étranger, par voie de lettre de change ; l'endossement la fait passer entre les mains d'un créancier français. Le dernier porteur pourra traduire l'étranger devant un tribunal de France (1). Je n'entre pas dans cette controverse, je demanderai seulement ce que devient, dans ce cas, la théorie de la renonciation. C'est une mauvaise raison par laquelle on prétend justifier une mauvaise cause.

La théorie de la renonciation a été soutenue en Belgique, longtemps avant que Sapey la reproduisît en France ; dans une de ces dissertations inaugurales que les jeunes docteurs devaient écrire, sous le royaume des Pays-Bas. M. Rolin, l'auteur de la dissertation (2), est devenu un grand avocat; je doute qu'il approuve encore aujourd'hui ce qu'il écrivait en 1827. « Il est certain, dit-il, que chacun, en contractant, peut renoncer à la juridiction de son juge naturel; or, ce qui est permis à chaque citoyen en particulier, la loi le fait pour les citoyens en général, en disposant que tout étranger qui contracte avec un regnicole est censé renoncer, par le même contrat, à la juridiction de son juge naturel et se soumettre à celle des juges français. » Les Anglais disent que le Parlement peut tout faire, sauf un homme d'une femme et une femme d'un homme. Dans cet ordre d'idées, le législateur peut aussi imposer la juridiction française aux étrangers qui contractent avec un étranger ; il peut même dire qu'ils sont censés renoncer à leur juge naturel. Mais cette prétendue renonciation n'en sera pas moins contrainte, donc un abus du pouvoir qui se dit omnipotent. Je n'admets pas la souveraineté absolue; la puissance souveraine a une limite, la justice. Donc avant de supposer, car la renonciation

(1) Sapey, *Les Étrangers en France*, p. 210 et suiv.
(2) Rolin, *Dissertatio de jurisdictione judicum nostrorum in extraneos*, Gand, 1827, p. 53.

n'est qu'une fiction, que l'étranger renonce à son juge naturel, le législateur doit voir si cette renonciation a une raison d'être; et il n'en trouvera d'autre que l'intérêt du Français : peut-on présumer que l'une des parties renonce à un droit naturel en faveur de l'autre, sans aucun motif, sans aucune compensation? Fœlix fait une autre objection contre la fiction de la renonciation; en admettant que le législateur puisse tout faire, il n'a ce pouvoir que sur les naturels du pays où il exerce sa puissance souveraine, il n'a pas d'autorité sur les étrangers : de quel droit les forcerait-il à renoncer à ce juge que la nature et le droit commun des peuples civilisés leur donnent (1)?

16. J'arrive à la véritable raison qui explique, sans la justifier, la disposition exceptionnelle de l'article 14. D'après le droit commun, le Français devrait traduire l'étranger devant les tribunaux du pays auquel il appartient, et où il a son domicile. Y trouverait-il les garanties que lui offre la justice française? La question a déjà été agitée, en termes généraux, et avec une grande modération, dans l'ancien Répertoire auquel Merlin a attaché son nom. Garat dit qu'il y aurait un grand danger à confier à des juges français la décision de procès dans lesquels un étranger serait partie; et naturellement le même danger menace le Français qui plaiderait devant un juge étranger : « La sagesse qui doit quelquefois douter d'elle-même ordonne aux juges, dans l'espèce, de ne pas trop se confier dans leurs sentiments. L'intérêt naturel que les juges prennent à leurs concitoyens leur fait porter dans leurs jugements un amour plus vif de la justice. Des étrangers n'inspirent pas cet intérêt. On examinera leur cause avec quelque indifférence, et on sera exposé à rendre un arrêt, non pas injuste, mais faux et mal vu. Si ces étrangers sont d'une nation rivale, le danger est infiniment plus grand encore. Qui sait si l'amour même de la patrie, sentiment que le magistrat doit avoir comme le guerrier, ne lui fera pas porter, sur son siége, la haine d'une nation ennemie de la sienne? Ce danger a été re-

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 348, note 1, de la 4e édition).

connu dans tous les temps, et on y a cherché un remède, en donnant aux étrangers des juges qui étaient leurs concitoyens. Encore aujourd'hui, les Suisses militaires, parmi nous, ne sont jamais jugés que par des Suisses (1). »

Garat parle en philosophe ; il ne suppose au juge aucune mauvaise passion. Cependant ces mauvais sentiments peuvent exister : ne serait-ce pas là le danger que le code Napoléon a eu en vue, en assurant au Français le bienfait de la justice française? Un auteur français l'avoue, et c'est dans un Recueil sans originalité, qui reflète les opinions dominantes. On lit dans le Répertoire de Dalloz (2) : « Le législateur a dû prendre en considération la difficulté et quelquefois l'impossibilité pour un Français d'obtenir justice contre un étranger, devant les tribunaux de la patrie de celui-ci : le droit de la protection ne pouvait donc pas être abandonné. » C'est dire, en d'autres termes, que le Français ne trouverait pas, devant les tribunaux étrangers, la même équité, la même impartialité qu'il est sûr de rencontrer devant les tribunaux de son pays. En constatant ce fait, je disais dans mes *Principes de droit civil* (1869) : « Cette crainte ne témoigne pas pour notre état social ; espérons qu'un jour ce privilége paraîtra odieux, parce qu'il n'aura plus de raison d'être. »

Vers le même temps, un jeune docteur qui a fait un début brillant dans notre science, M. Bonfils faisait une remarque très juste. Le code Napoléon (art. 15) permet à l'étranger de traduire devant les tribunaux de France le Français qui a contracté une obligation envers lui en pays étranger. Il estimait donc, et avec raison, les juges français assez indépendants pour rendre la justice entre un *Français défendeur* et un *étranger demandeur*. Pourquoi, ayant cette bonne opinion des juges français, suspecterait-il l'impartialité des magistrats étrangers? « Le plus sûr et le meilleur moyen de faire croire à l'indépendance et à l'esprit de justice de nos propres tribunaux consiste à ne pas refuser aux autres nations ces indispensables

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Souveraineté*, § V, n° 3 (t. XXXI, p. 379, de l'édition de Bruxelles).

(2 Dalloz, au mot *Droit civil*, n° 257.

qualités. A nos yeux, nos magistrats sont les plus impartiaux du monde; mais les Anglais ne diront-ils pas la même chose de leurs juges? Cette défiance peu fondée à l'égard des tribunaux des autres nations civilisées n'est-elle pas de nature à exciter une juste susceptibilité? Quelque chimérique que fût l'inquiétude, elle a néanmoins exercé une vive influence sur le législateur. Elle l'exerce tous les jours encore sur nos tribunaux qui ne s'aperçoivent peut-être pas que nier l'impartialité des juges étrangers, c'est porter à la leur une rude atteinte, bien imméritée (1). »

17. Quelque respectueux que soit le langage du jeune docteur en droit, on sent qu'il désapprouve l'esprit qui a dicté l'article 14; il ne s'en cache pas, je dirai plus loin qu'il en propose l'abrogation. Les dispositions du code Napoléon relatives aux étrangers ne sont plus en harmonie avec notre état social. Elles procèdent de l'hostilité permanente qui régnait jadis entre les peuples, et qui, précisément au moment où l'on préparait le code civil, déchirait aussi l'Europe. C'est, à la lettre, la haine de l'étranger, que les Romains avaient inscrite sur leurs XII Tables, et qui animait aussi les légistes français : témoin Bacquet qui disait que le nom d'étranger est toujours odieux. Je vais en citer un singulier témoignage.

Le Français peut-il renoncer au bénéfice de l'article 14? L'affirmative est généralement admise. Le privilége que la loi accorde au Français est uniquement établi en sa faveur; l'ordre public, l'intérêt social n'y sont pour rien. Il faut donc appliquer le principe que chacun peut renoncer à ce qui a été introduit dans son intérêt particulier. La renonciation peut être expresse ou tacite. C'est encore le droit commun. Mais la renonciation tacite donne lieu, ici comme toujours, à de grandes difficultés. On demande si le Français qui forme sa demande devant un tribunal étranger renonce par là au droit que lui donne l'article 14; ou peut-il, nonobstant ce fait, traduire l'étranger

(1) Bonfils, *De la Compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, p. 39 et suiv.

devant un tribunal français? La question est très controversée. La jurisprudence paraît se prononcer pour la renonciation; M. Boncenne soutient l'opinion contraire (1). Rien de plus curieux que son argumentation; elle nous révélera l'esprit qui règne dans les lois françaises et qui anime aussi ses interprètes. Tout ce qui se fait devant les tribunaux étrangers, dit M. Boncenne, ne peut produire aucun effet en France; les jugements qui y sont rendus n'ont aucune valeur chez nous. De là l'auteur conclut que le juge français ne doit pas se préoccuper de l'instance engagée devant un tribunal étranger; cette instance est pour lui comme non avenue, puisqu'elle ne peut conduire à un acte qui ait quelque force par lui-même, soit en faveur du créancier français, soit contre lui. Pour justifier cette théorie sur l'effet des jugements et des actes étrangers, M. Boncenne prend appui sur le droit romain; il remonte jusqu'à la loi des XII Tables. En plein dix-neuvième siècle, un interprète du code Napoléon cite, pour expliquer l'article 14, ces fameuses paroles : *Adversus hostem æterna auctoritas esto*. Paroles orgueilleuses, dit Laferrière; il serait plus vrai de dire qu'elles sont haineuses, comme elles devaient l'être dans un état social où l'étranger était en réalité un ennemi et un ennemi mortel, puisque la guerre conduisait à l'extermination des vaincus et à la destruction de leurs cités. Massé reproche, en termes d'une grande bienveillance, ces inductions à Boncenne qui avait été son maître. Il dit que la législation égoïste des XII Tables, qui niait *en quelque sorte* le droit des gens, finit par s'adoucir et par disparaître quand la fameuse loi de Caracalla accorda le droit de cité à tous les sujets de l'Empire, de sorte qu'il ne resta plus dans le monde que deux classes d'hommes, les Romains et les Barbares. Or, aujourd'hui il n'y a plus de Barbares, et les barrières qui séparaient les peuples sont presque partout abaissées. Quelle autorité peuvent avoir, dans ce nouvel ordre de choses, les lois des XII Tables, expression d'idées et de sentiments si différents des nôtres? Ces

(1) Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, t. III, p. 244 et suiv.

lois sont, pour le jurisconsulte, ce que les monnaies antiques sont pour l'archéologue, de précieuses médailles qui révèlent l'histoire des faits et des institutions, mais qui n'ont plus de valeur monétaire (1).

Voilà l'esprit antique et l'esprit moderne en présence : l'opposition est complète. Mais est-il vrai de dire que les auteurs du code se soient inspirés des tendances de l'humanité moderne? Sur ce point, Massé se fait illusion; il transporte au consulat les aspirations du temps où il écrivait (1861). Or, le consulat était une époque de réaction contre les idées généreuses que l'Assemblée Constituante avait proclamées, et qui, en dépit des réactionnaires, ont repris leur cours au dix-neuvième siècle. J'ai cité les témoignages, les paroles de Portalis, celles du tribun Carrion-Nisas : les sentiments qui y dominent sont bien ceux que les Romains gravèrent sur les XII Tables. Il n'est pas exact de dire que dans notre état social il n'y a plus de Barbares. Les anciens donnaient ce nom à tous les peuples étrangers; pour les Grecs, les Romains étaient des Barbares. Or, ce qui caractérise les Barbares de l'antiquité, c'est qu'ils étaient sans droit. Et que dit l'article 11 du code Napoléon? Il exclut les étrangers du droit civil, à moins qu'un traité ne leur en accorde la participation. Au fond, le principe est identique. C'est ce principe que je dénonce à la France; ce n'est pas la doctrine de l'immortelle révolution qui a fait de la France la grande nation, grande par les idées plus que par la gloire des armes que lui donna Napoléon en lui enlevant la liberté. Elle a secoué le jong napoléonien : qu'elle répudie aussi l'esprit antihumain qui a dicté les dispositions du code civil concernant les étrangers!

18. La compétence entre Français et étrangers donne lieu à bien des difficultés; je les laisse de côté, parce que cette matière n'entre point dans le cercle de mes Etudes. Massé, après les avoir développées, ajoute que ces difficultés ne sont pas de nature à s'aplanir, parce que l'uniformité de législation, qui seule pourrait les faire dispa-

(1) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 611, n° 692 de la 2e édition.

raître, est une utopie impossible à réaliser. Il croit que l'on pourrait remédier aux inconvénients qui résultent de la diversité inévitable des lois, par des traités qui établiraient entre les puissances contractantes des règles uniformes de compétence, en déterminant les tribunaux qui doivent connaître des contestations entre étrangers et nationaux. Ces traités pourraient déroger aux lois particulières de chaque pays et établir ainsi une certaine unité dans des rapports où il y a tant de conflits. J'ai souvent fait appel à la diplomatie de l'avenir : mais ce qui se passe en matière de conflits de juridiction ne permet guère d'espérer que la diplomatie s'occupera de si tôt de régler entre les peuples les principes qui établiraient entre eux cette communauté de droit qui est l'idéal de notre science. Massé ne cite que deux traités conclus par la France, l'un avec la Russie et l'autre avec la Suisse (1); le premier date de l'ancien régime, il a été conclu à la veille de la Révolution (en 1787); l'autre appartient à la Restauration, époque à laquelle subsistaient encore entre la Suisse et la France des rapports intimes nés des capitulations militaires (18 juillet 1828). Je vais transcrire l'article 3 du dernier traité : « Dans les affaires litigieuses personnelles ou de commerce qui ne pourront se terminer à l'amiable ou sans la voie des tribunaux, le demandeur sera obligé de poursuivre son action devant les juges naturels du défendeur, à moins que les parties ne soient présentes dans le lieu même où le contrat a été stipulé ou qu'elles ne fussent convenues des juges devant lesquels elles se seraient engagées à discuter leurs contestations. » Le traité abroge le privilége que l'article 14 donne aux Français en revenant au droit commun qui régit la compétence : le Français doit suivre le Suisse devant son tribunal naturel, c'est-à-dire celui de son domicile, lequel sera régulièrement le tribunal suisse. Cette règle reçoit des exceptions, non pour privilégier les nationaux, mais pour faciliter la décision des procès. Si les parties contractantes se trouvent l'une et l'autre en

(1) Massé, *Droit commercial*, t. I[er] et suiv., n° 697 de la 2[e] édition, p. 619 et suiv.

France ou en Suisse, là où le contrat a été fait, il est de leur intérêt commun que le procès soit porté devant le juge local. Elles peuvent encore convenir du juge qui décidera la contestation : la compétence, en matière personnelle et de commerce est d'intérêt privé; le législateur doit donc laisser aux parties la plus grande latitude pour la décision de leurs difficultés.

Ainsi deux traités en un siècle! On voit que la diplomatie n'a pas encore conscience de sa grande mission. Dans les temps modernes, la France a conclu quelques traités avec des Etats qui n'appartiennent point à la race ou à la civilisation européenne; avec l'iman de Mascate (le 15 août 1856), avec le roi de Siam (le 27 juin 1858), avec la Chine et le Japon (1858). Ces conventions dérogent aux articles 14 et 15 du code Napoléon. Elles consacrent le système, qui était jadis pratiqué universellement, d'un tribunal spécial pour les contestations entre étrangers et nationaux, usage qui s'est maintenu jusque dans les temps modernes, en Angleterre, pour les crimes et délits. Ainsi, quand un Français a une réclamation à faire contre un Chinois, il doit s'adresser d'abord au consul de France qui cherchera à terminer le procès à l'amiable; il en est de même des actions qu'un Chinois aurait contre un Français. Si les parties ne veulent pas se concilier, le consul français et le fonctionnaire chinois statueront *conjointement* suivant l'*équité* (1). La résidence dans un pays lointain doit tenir lieu de domicile; régulièrement le procès devrait donc être porté devant les tribunaux chinois. Ici éclate la défiance qui jadis avait fait instituer des tribunaux spéciaux ou mixtes pour juger les contestations dans lesquelles des étrangers seraient parties. Les Européens n'ont pas confiance dans la justice des pays que nous appelons barbares : je n'oserais pas affirmer que les soupçons sont dénués de fondement. Cela prouve que nous sommes encore loin, très loin, de la communauté de droit, mais nous y arriverons.

19. Pour que la diplomatie se mette en mouvement,

(1) Bonfils, *De la Compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, p. 105, n° 112, et p. 48, n° 56.

il faut, avant tout, que les esprits soient préparés a innovations que les traités devront consacrer. L'œuvre législateur doit précéder l'œuvre des diplomates. Sa doute, on doit renoncer à l'uniformité des législatior Mais quand sur une matière telle que la compétence il a des principes admis par toutes les nations, la France mauvaise grâce de persister dans son isolement en mai tenant, en faveur de ses nationaux, des priviléges q ailleurs, paraissent odieux, et qui le sont effectivemer Il n'est pas besoin de traités pour modifier l'article 14; Belgique l'a abrogé : pourquoi la France s'obstinerait-e à maintenir une disposition que d'excellents auteurs int prètent par la loi des XII Tables?

Je suis heureux d'ajouter que l'auteur d'une excellen monographie sur la matière, M. Bonfils, abonde dans c sentiments. Après avoir discuté les questions que soulè l'article 14, il ajoute : « Qu'il me soit permis d'exprim le désir qu'une prochaine revision de nos codes effa cet article, issu de la défiance exagérée qu'avaient f naître les guerres de la république et du consulat, tris excitation à un doute irrévérencieux envers la justice ses organes, source de mesures funestes de rétorsion q entretiennent entre les peuples des haines sourdes et i méritées. Depuis quelques années, grâce à ces voies fe rées qui fusionnent les nations et les forcent enfin à connaître et à apprécier leurs qualités respectives, l préjugés disparaissent, les préventions s'apaisent, l erreurs se dévoilent et les orgueils nationaux perdent leur insolent chauvinisme pour se renfermer dans de pl justes limites. *Les Français commencent à comprend que la justice n'est pas l'apanage exclusif des tribuna de leur pays, et que les juges des autres nations so peut-être plus libéraux à l'égard des étrangers*. La *lumiè* se fait *lentement;* mais sa *clarté* serait bien plus *effica* si la *législation française* n'arrêtait pas sa *diffusion* p une *disposition incompatible avec les progrès de la civ lisation*. Tôt ou tard, l'article 14 disparaîtra de nos code et nous reviendrons à la règle vraie et sûre des jurisco sultes romains : *Actor sequitur forum rei.* »

J'applaudis à cette franche critique de la législation française par un auteur français : seulement Bonfils se fait illusion en croyant que les Romains pratiquaient à l'égard des étrangers le système qu'ils suivaient pour régler la compétence entre les citoyens. Le dur mot de *hostis*, gravé sur la loi des XII Tables, ne cessa pas de retentir dans l'antiquité; alors même que tous les habitants de l'Empire devinrent citoyens, il resta un abîme entre la *Romanie* et la *Barbarie;* les peuples qui n'appartenaient pas à la domination romaine, flétris du nom de Barbares, étaient à peine considérés comme faisant partie de l'espèce humaine. Jusque dans les temps modernes, le nom d'étranger, comme le dit Bacquet, est resté odieux. Les intérêts rivaux envenimaient l'opposition de race, de mœurs, de sentiments et d'idées. Ce n'est qu'au dix-huitième siècle que l'économie politique et la philosophie se donnèrent la main pour dissiper des préjugés qui n'avaient aucune raison d'être (1). Mais les idées des économistes et des philosophes ont de la peine à pénétrer dans le monde des jurisconsultes, traditionnalistes par excellence. Toutefois elles font leur chemin, malgré l'opposition qu'elles rencontrent; que l'on me permette de citer encore les paroles du jeune écrivain dont le mémoire a été couronné par la faculté de droit de Toulouse. « Nous ne désespérons pas de voir nos désirs se réaliser à mesure que s'abaisseront les barrières élevées entre les nations par l'ignorance et la mauvaise foi. Les princes, les législateurs et les peuples finiront par se pénétrer de la loi de solidarité qui unit tous les hommes entre eux. Cette loi de la nature ne permet pas que le bien de l'un ne puisse exister qu'au détriment de l'autre ; elle fait, au contraire, profiter toutes les nations des progrès accomplis par chacune d'elles. Loi sublime, longtemps ignorée ou repoussée, elle est la cause latente, mais active, de tous ces traités de paix, d'amitié, de commerce, de navigation, si fréquents pendant ces dernières années. Les passions humaines en arrêteront, sans doute, l'entière et

(1) Voyez le t. Ier de ces Etudes, nos 333-335.

complète application : elle n'en est pas moins une des lois essentielles de l'humanité (1) ».

J'ajouterai que Dieu se sert même de nos mauvaises passions pour l'accomplissement de ses desseins. Quel est l'auteur de cette loi naturelle qui rend tous les peuples solidaires et qui leur enseigne que les intérêts doivent les unir au lieu de les diviser? On l'appelle une loi de la nature : la nature, c'est Dieu, et si Dieu nous a créés frères, tout en partageant le genre humain en nations diverses et indépendantes, cette loi qu'il a donnée à l'humanité, et que l'on déclare essentielle, finira par être reconnue par tous les peuples. Alors les lois se modifieront parce qu'elles seront en opposition avec les idées nouvelles et les nouveaux sentiments. Il faut donc agir sur les idées et les transformer par la science et par l'enseignement. Les idées gouvernent le monde. Voilà pourquoi je combats de toutes mes forces les préjugés qui éloignent la France du concert de tous les peuples civilisés : je cherche à écarter les obstacles qui arrêtent le progrès. C'est mon excuse pour les longs développements dans lesquels je suis obligé d'entrer.

N° 3. ÉTRANGERS ENTRE EUX.

I. *Jurisprudence et doctrine.*

20. Le code Napoléon ne contient aucune disposition sur les procès que les étrangers ont entre eux. On a eu recours à la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat pour y chercher des principes en cette matière. Cette tentative ne pouvait réussir. Le conseil d'Etat n'était saisi d'aucune proposition sur la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers, et aucune proposition ne fut faite : cela suffit pour qu'on ne doive accorder aucune autorité à une discussion qui n'était pas une discussion. C'est une de ces conversations, comme on en rencontre trop dans les procès-verbaux de Locré, un échange

(1) Bonfils, *Compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, p. 94 et 41, n°s 102 et 47.

d'idées, d'observations, de doutes et d'affirmations, qui n'aboutissent à aucune conclusion. Vouloir transformer ces paroles en textes de loi, c'est s'exposer à des erreurs certaines. Le conseil d'Etat n'a rien décidé, parce que, en l'absence d'une proposition, il n'était pas appelé à décider quoi que ce fût. Aucune proposition ne fut communiquée au Tribunat, ni soumise au vote du Corps législatif. Ce serait donc, en définitive, l'interprète qui ferait la loi, en s'autorisant de ce qu'a dit tel ou tel membre du conseil d'Etat, et l'interprète n'a pas ce droit-là. La prétendue discussion du conseil ne peut pas même servir à interpréter le code civil; car pour qu'il y ait lieu à interpréter, il faut un texte dont il s'agit de déterminer le sens et la portée : or, de texte, il n'y en a point. Tronchet termina la conversation en disant que le code ne statuait que sur la manière de décider les contestations entre un Français et un étranger, et *ne s'occupait pas des procès entre étrangers* (1). Chose étrange; tout en signalant la lacune, Tronchet ne fit aucune proposition, et il ne demanda pas que la question fût renvoyée à l'examen de la section de législation; il ne dit pas non plus pourquoi il ne fallait pas de loi pour régler la compétence entre étrangers. Il y a donc silence de la loi et incertitude absolue, je ne dis pas sur la volonté du législateur, car le conseil d'Etat n'avait pas le pouvoir législatif, mais sur l'intention même du conseil d'Etat; il écouta ou n'écouta pas ceux qui parlaient et ne prit aucune décision.

21. Comment faut-il interpréter ce silence? La jurisprudence française en a conclu que les tribunaux sont incompétents pour connaître entre étrangers non autorisés à établir leur domicile en France, et par conséquent, n'y jouissant pas des droits civils, des actions personnelles en matière civile, alors même qu'il s'agirait de l'exécution d'engagements contractés en France. Cette incompétence n'est cependant pas absolue; la cour de cassation laisse

(1) J'ai rapporté la discussion dans mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 550, n° 440. — Massé la rapporte également (*Droit commercial*, t. Ier, p 562, n° 654).

aux tribunaux la faculté de connaître des procès entre étrangers, quand les deux parties y consentent ; ils peuvent aussi se déclarer incompétents, malgré le consentement des plaideurs, qui ne leur impose pas l'obligation de juger des personnes dont ils ne sont pas les juges naturels. En matière commerciale, au contraire, la jurisprudence reconnaît aux tribunaux une compétence obligatoire lorsque les parties se trouvent dans les termes de l'article 420 du code de procédure : hors des termes de cet article, on a jugé tantôt dans le sens de l'incompétence, tantôt dans le sens de la compétence absolue, par cela seul que la compétence était commerciale. C'est en ces termes que Massé résume la jurisprudence française. Il en résulte que la compétence des tribunaux est très incertaine. On ne peut pas dire qu'il y ait une jurisprudence arrêtée. La cour de cassation a admis et rejeté l'application de l'article 420, de sorte qu'en définitive, on ne sait pas quelle est sa doctrine; et les tribunaux inférieurs se déclarent compétents ou incompétents, suivant les circonstances de la cause. Il n'y a qu'un principe certain, dans cette mer de doutes, c'est qu'en droit strict, les tribunaux français sont incompétents pour connaître des procès entre étrangers.

22. La jurisprudence française a rencontré, à l'étranger, une opposition presque unanime. J'ai déjà dit que les cours de Belgique se sont prononcées, en principe, pour la compétence; toutefois, dans ces derniers temps, elles se sont rapprochées de la doctrine des cours de France. Parmi les légistes, il n'y a qu'un cri de réprobation contre la jurisprudence qui, en cette matière, tient lieu de loi.

Phillimore commence par constater que tous les peuples civilisés admettent que leurs tribunaux sont compétents pour connaître des actions personnelles entre étrangers. Ces actions naissent de contrats appartenant au droit des gens. Les Romains déjà le reconnaissaient; ils rapportaient au droit des gens ce qu'ils appellent le *commerce*, c'est-à-dire, le droit de contracter, donc les achats et ventes, le louage et, en général, tous les contrats, sauf un très petit nombre qui dépendent du droit civil. Etant

capables de contracter, les étrangers doivent avoir le droit de poursuivre l'exécution forcée de leurs droits ; et si les contrats sont du droit des gens, il s'ensuit que la compétence des tribunaux pour en connaître dépend également du droit des gens, c'est-à-dire de ce que nous appelons droit naturel. Dénier à l'étranger la faculté de recourir aux tribunaux, c'est le mettre hors la loi, comme un *ex-lex*. Phillimore ajoute que la France seule fait exception dans ce concert des peuples civilisés ; ce qui lui paraît d'autant plus étrange que la France a pris l'initiative des lois libérales concernant les droits des étrangers. Le publiciste anglais fait sans doute allusion aux décrets de l'Assemblée Constituante et à la loi du 14 juillet 1819, qui abolit définitivement le droit d'aubaine, tandis qu'en Angleterre, ce droit barbare subsistait encore en 1870. Phillimore ajoute que la jurisprudence française est une caricature du principe de l'indépendance nationale : c'est dire que, si les tribunaux français se déclarent incompétents à l'égard des étrangers, c'est par respect pour l'indépendance des États étrangers (1). Je n'ai trouvé aucune trace de cette préoccupation, ni dans la discussion du conseil d'Etat, ni dans les arrêts des cours, ni dans les écrits des auteurs ; la compétence facultative que la cour de cassation reconnaît aux tribunaux témoigne contre la supposition du légiste anglais ; si juger des étrangers était une violation de l'indépendance de la nation à laquelle ils appartiennent, la cour de cassation ne permettrait certes pas aux juges français d'étendre leur pouvoir sur des étrangers qui consentent à leur soumettre leurs différends ; alors même que les plaideurs y consentiraient, toute dérogation à une prohibition d'ordre public serait frappée d'une nullité radicale. Ce qui a entraîné les magistrats français dans cette voie étroite, c'est l'esprit hostile de la France à l'égard des étrangers ; cet esprit ne date pas de 1789, il date de la réaction napoléonienne contre les idées de 1789.

(1) Phillimore, *Private international law* (t. IV des *Commentaries on international law*, p. 698).

23. Les Italiens de l'ancien régime étaient tout entiers dans les sentiments et les idées qui ont inspiré les auteurs du code Napoléon. Rocco prend la défense de l'article 14 du code français; il énumère les avantages qu'il procure aux nationaux, et il fait entendre que devant les tribunaux étrangers ils ne trouveraient pas l'équité et l'impartialité qu'ils sont sûrs de trouver devant les juges de leur pays (1). Les avantages sont évidents; mais qu'est-ce que cela prouve? Que le privilége que l'article 14 accorde aux Français est utile; reste à savoir s'il est juste; et l'ancienne théorie ne s'inquiétait guère de la justice quand il était question des étrangers; on estimait juste à leur égard tout ce qui était utile aux nationaux.

Avec la liberté et l'indépendance de la patrie, d'autres idées se firent jour en Italie; jaloux de voir leurs droits respectés à l'étranger, les Italiens commencèrent par respecter les droits des autres nations. Le législateur inscrivit dans le nouveau code le principe de l'égalité des droits entre nationaux et indigènes, ce qui exclut tout privilége. Ce sont les jurisconsultes qui préparèrent cette glorieuse initiative. Pisanelli, un des meilleurs, devenu plus tard ministre de la justice, soumit à une critique sévère le privilége que l'article 14 accorde aux nationaux; et il aboutit naturellement à des conclusions toutes différentes de celles de Rocco : quelques années à peine les séparent, et l'on dirait qu'ils sont séparés par des siècles. Dans son commentaire sur le code de procédure des Etats sardes, Pisanelli repousse comme odieuse la distinction entre les nationaux et les indigènes, et il réclame pour tous le droit d'ester en jugement, quel que soit le défendeur (2). La justice à tout homme, par cela seul qu'il est homme. On comprend que jadis les tribunaux étrangers fussent suspects, alors que les préjugés, les passions, les intérêts divisaient les peuples; aujourd'hui, ces défiances seraient injurieuses; nous serions, à juste titre, révoltés des soupçons que les

(1) Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi del regno delle due Sicilie*, p. 216.

(2) Pisanelli, *Commentario del Codice di procedura civile per li Stati sardi*, nos CDLXXIX et suiv.

étrangers nourriraient contre l'impartialité de nos tribunaux : pourquoi aurions-nous ces mêmes soupçons à l'égard de la justice étrangère ? Les rivalités et les haines nationales ont fait place à de nouveaux sentiments, dont le législateur doit tenir compte, en donnant accès devant les juges du pays à tous ceux qui ont des droits à défendre. Si les contrats sont du droit des gens, la justice aussi doit être une dépendance de ce droit qui est identique avec le droit naturel.

J'affaiblis la belle démonstration de Pisanelli en la résumant. Ce que j'en dis suffit pour mettre en évidence le caractère élevé de la science italienne; elle s'est dégagée des liens étroits qui l'enchaînaient dans son enfance, alors que les Romains traitaient l'étranger d'ennemi. C'est la fraternité humaine qui inspire les jurisconsultes italiens, dignes disciples du cosmopolitisme stoïcien qui élargit le droit civil de Rome, et qui lui mérita chez les peuples modernes le nom de raison écrite. Tous les légistes modernes de l'Italie sont dans cet ordre d'idées, tous critiquent la jurisprudence française comme contraire au droit des gens, contraire à l'intérêt même des divers Etats, car la justice que la France refuse aux étrangers sera ailleurs refusée aux Français. Esperson, Lomonaco, qui ont écrit sur le droit international privé, abondent dans ces idées; Lomonaco reproduit la théorie de Pisanelli (1).

24. En France aussi les meilleurs esprits se sont prononcés contre la doctrine étroite de la jurisprudence, et avant tout Fœlix, qui le premier a initié les Français aux études du droit civil international. Son témoignage est d'autant plus précieux, qu'il n'est pas un esprit philosophique ; c'est un praticien, qui s'inspire des besoins sociaux qu'il était tous les jours à même de constater. Il fait appel au droit des gens, qu'il connaissait mieux que les autres jurisconsultes; Allemand de race, il possédait la science allemande, à laquelle il unissait l'esprit pratique de la race française. C'est à lui que Phillimore a emprunté la critique qu'il fait de la jurisprudence. Si l'on

(1) Esperson, *Il principio di nazionalita*, p. 159. — Lomonaco, *Trattato di diritto civile internazionale*, p. 221 et suiv.

ne reconnaît pas aux étrangers le droit de porter leurs actions devant les tribunaux de France, il faut dire que le droit qu'on leur accorde de contracter se réduit à un vain mot, car qu'est-ce que des droits et des obligations qui n'ont pas la sanction de la justice? Fœlix nie que les tribunaux ne soient établis que pour rendre la justice aux indigènes; s'appuyant sur l'autorité de Vattel, de Martens, de Wheaton, de Mittermaier, il pose en principe que le pouvoir judiciaire de chaque Etat s'étend sur la personne et sur les biens de l'étranger qui y réside, comme sur la personne et sur les biens des regnicoles; que, par suite, les étrangers, sont reçus, comme les nationaux, à invoquer l'intervention des juges de chaque lieu, soit contre un citoyen, soit contre un étranger. Fœlix est partisan, en matière de droit international privé, de la doctrine anglo-américaine qui rapporte le statut personnel de l'étranger à la courtoisie (*comity*) ; sur ce point, j'ai cru devoir le combattre en soutenant que le droit n'est pas une affaire de convenances, qu'il est l'expression de la justice universelle. Chose remarquable, en ce qui concerne la justice internationale, Fœlix abandonne sa doctrine; ce n'est pas en vertu d'une généreuse hospitalité qu'il réclame l'accès des tribunaux français pour les étrangers, c'est au nom de la justice qu'il demande une protection égale pour les étrangers et pour les regnicoles. Fœlix, qui avait de grandes relations dans les pays étrangers et surtout en Allemagne, ajoute une considération qui aura peut-être plus d'influence sur les hommes positifs, et tels sont les légistes, que tous les raisonnements, c'est que la jurisprudence française est préjudiciable aux Français : comme les tribunaux de France refusent justice aux étrangers, de leur côté, les tribunaux étrangers refusent justice aux Français par voie de rétorsion, bien qu'ils fassent droit aux actions des autres étrangers. Fœlix dit qu'il a vu des exemples de ces représailles (1).

Demangeat, l'annotateur de Fœlix, partage sur ce point les opinions de l'auteur qu'il commente. Déjà, dans

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 306-308 et 329, nos 146 et 157, de la 4e édition.

son mémoire couronné, qui a fondé sa réputation, il s'élève contre la jurisprudence française; il avoue que la doctrine qu'elle consacre est conforme à la volonté probable du législateur, mais en législation elle est mauvaise. En effet, elle peut aboutir à un déni de justice; il se peut que l'étranger ne puisse pas plaider devant le tribunal du pays auquel appartient le défendeur, et si les juges français déclarent également sa demande non recevable, il sera victime de la mauvaise foi de son adversaire; celui-ci pourra impudemment se jouer de la justice sur le sol français. Or, il ne devrait jamais être permis à un étranger de donner l'exemple et le scandale de la mauvaise foi à la nation qui a bien voulu l'admettre sur son territoire; il faut que tout soit juste, dans un pays où les lois règnent et où elles règnent pour tous (1). Massé s'est prononcé dans le même sens (2).

25. Cependant, la doctrine française a trouvé un apologiste; Portalis, premier président de la cour de cassation et membre de l'Institut, a pris la défense de la jurisprudence, non seulement comme interprétation de la loi, mais aussi comme théorie. Il rapporte d'abord la vive critique que Foucher a faite de la jurisprudence, dans ses notes sur Carré. Aucun droit ne peut manquer de sanction. Il est impossible que celui qui réclame l'exécution d'un engagement dont la mauvaise foi dénie l'accomplissement, ne trouve pas, devant les juges du pays qu'il habite, le secours qu'il leur demande : ce serait placer les étrangers hors la loi, et les réduire à un état pire que l'ilotisme. Il y aurait des hommes qui, pour un temps et à l'égard de certains autres hommes, seraient sans lois et sans tribunaux parmi les nations! Cela est une impossibilité juridique!

Portalis admet, avec la jurisprudence, que les tribunaux français ne sont institués que pour rendre la justice aux Français. Il a défendu cette doctrine au sein de l'Académie des sciences morales et politiques; c'est donc un philo-

(1) Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 390 et suiv.
(2) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 563 et suiv., no 655.

sophe tout ensemble et un légiste qui parle. S'il a raison, tous les juriconsultes que je viens de citer, toutes les législations ont tort; la France seule, malgré son isolement, est dans le vrai. Je crois que l'apologie tourne contre la jurisprudence ou du moins contre la loi française, car si la jurisprudence avait raison, la loi aurait tort. La France se sépare de toutes les nations civilisées : il importe de voir qui est dans le vrai. Portalis commence par écarter l'argument que l'on puise dans le grand intérêt de la libre communication des peuples : cet intérêt, dit-il, n'est pas compromis, la jurisprudence maintient le grand principe né de la civilisation moderne, qu'en fait de commerce, il n'y a point d'étrangers. Je dirai plus loin que cette jurisprudence ruine dans sa base la doctrine suivie en France. Pour le moment, nous parlons théorie, et je demande comment Portalis a pu limiter aux actes de commerce le grand principe des nations civilisées. Les Romains entendaient par *commerce* tous les engagements d'intérêt privé : en ce sens, le commerce est cosmopolite, il relève du droit des gens et non du droit civil. Il n'y a plus d'étrangers, il n'y a plus de droits civils proprement dits, limités à chaque nation. Voilà le principe proclamé par la civilisation moderne, et qu'il eût fallu soutenir dans une Académie des sciences morales, au lieu de le rapetisser en le limitant aux actes de commerce, limitation qui n'a aucune raison d'être, ni en droit ni en philosophie.

Portalis dit qu'il n'y a qu'un seul reproche qui ait de la gravité, c'est le déni de justice. Il répond qu'il ne peut y avoir de déni de justice que de la part de ceux qui la doivent; or, les tribunaux de chaque pays ne sont institués que pour juger les citoyens d'après les lois en vigueur. Mais juger des *étrangers* selon une *loi qui leur serait étrangère*, serait-ce encore rendre la justice? Aussi est-il *constant* que les tribunaux d'un pays, lorsqu'ils croient devoir prononcer sur des contestations qui s'élèvent entre étrangers, sont tenus de juger selon les lois étrangères. Mais sont-ils les interprètes naturels de ces lois? Sont-ils les appréciateurs véritables des actes et des faits accomplis sous d'autres coutumes et d'autres mœurs? Qui ose-

rait le soutenir? Je réponds que Portalis se trompe, en disant que, dès qu'il y a des étrangers en cause, il faut nécessairement appliquer les lois étrangères. Ceci n'est plus une question de compétence, c'est une question de statut. S'agit-il d'un statut personnel, on applique la loi étrangère. Cela se fait tous les jours par nos tribunaux, quand l'état et la capacité des personnes font l'objet du débat, sans qu'il soit permis aux tribunaux de refuser justice, par le motif ou le prétexte qu'ils n'ont pas qualité d'interpréter des lois étrangères, ni d'apprécier des faits qui se sont passés en pays étranger. Mais, dans l'espèce, il s'agit d'actions personnelles nées de contrats : ces contestations ne dépendent pas des statuts, elles dépendent de la volonté des parties contractantes, car c'est cette volonté qui leur tient lieu de loi : et y a-t-il un juge qui puisse dire qu'il n'est pas compétent pour apprécier l'intention des parties contractantes?

Tout ce que Portalis dit à ce sujet porte à faux. Pourquoi, dit-il, nos juges seraient-ils tenus d'exercer une juridiction qui ne leur est conférée ni par la loi ni par le titre de leur institution, d'appliquer une législation dont ils n'ont ni la pleine science ni la pratique, et d'ajouter ainsi à la responsabilité redoutable qui pèse déjà sur eux, un surcroît de responsabilité qu'ils n'ont point accepté? » On dirait que les tribunaux français ne sont jamais appelés à appliquer des lois étrangères, et qu'il dépend toujours d'eux de s'y refuser. Je viens de dire qu'ils sont tenus de juger d'après la loi nationale de l'étranger quand il s'agit d'apprécier sa capacité. Il en est de même quand un fait juridique est régi par la loi étrangère. Cela se fait, en vertu du code Napoléon, si le débat porte sur les formes extrinsèques de l'acte, alors même que des Français passeraient un acte en pays étranger. Notre loi hypothécaire veut que le président du tribunal et la cour d'appel, s'il y a lieu, décident si les formes prescrites pour l'authenticité d'un acte d'hypothèque reçu en pays étranger ont été observées. Ces juges sont encore tenus d'appliquer des lois étrangères lorsque des contrats ont été passés en pays étranger, soit par des étrangers, soit par des Français,

si l'intention des parties a été de s'en rapporter aux lois locales. Le mouvement prodigieux qui rapproche et qui mêle les peuples augmentera tous les jours le nombre des contestations dont la décision dépend des lois étrangères. Les juges seraient mal venus à dire qu'ils ne connaissent pas ces lois; s'il y a des lacunes dans leurs études, c'est au législateur de veiller à ce qu'elles soient comblées. Il faut nécessairement des cours de législation comparée et de droit international privé. C'est une science qui date des glossateurs, et néanmoins les magistrats les plus éminents semblent en ignorer les principes les plus simples, à en juger par le rapport de Portalis que je me permets de critiquer.

Portalis suppose que les questions jugées par un tribunal français touchent à la capacité des personnes. Qu'arriverait-il si elles étaient jugées différemment dans le pays de l'origine de ces personnes? Ces jugements ne seront pas rendus exécutoires dans le pays auquel appartient l'étranger défendeur. A quoi bon alors obliger les tribunaux français de juger? La réponse est très simple. En droit, les tribunaux français sont tenus de décider les questions de capacité, quand un Français traduit un étranger devant un tribunal de France. En fait, l'étranger ne sera poursuivi devant un tribunal français que si le demandeur, français ou étranger, y a un intérêt, c'est-à-dire si le défendeur a des biens en France sur lesquels le jugement de condamnation puisse être exécuté.

Portalis suppose encore qu'il s'agit d'une question d'ordre et de droit publics; comment faire prévaloir, dans ce cas, l'autorité d'un tribunal français sur l'autorité des tribunaux qui en sont les conservateurs nécessaires et officiels? Et que deviendraient alors les jugements rendus par nos tribunaux? Il y a une nouvelle confusion d'idées dans cette supposition. Les questions d'ordre et de droit publics forment un statut réel, en ce sens qu'elles doivent être décidées d'après la loi territoriale. C'est au demandeur de voir, si toutefois il a le choix, quel est son intérêt: s'il porte sa demande devant un tribunal français, il sait d'avance que les juges devront appliquer la loi française,

quand un droit de la société est en cause; il agira en conséquence. Ces difficultés ne tiennent pas à la compétence, elles dépendent de la doctrine des statuts, dont Portalis, malgré sa haute position, semblait ne pas avoir une connaissance exacte, bien que l'ouvrage dont il rendait compte, celui de Rocco, traite du droit civil international.

Portalis conclut que la jurisprudence française n'est ni rétrograde, ni stationnaire; elle a fait un pas immense, dit-il, vers l'unité du droit public, en écartant l'incompétence absolue des tribunaux nationaux (1). Ceci n'est plus une question de théorie, c'est une question de fait. Je vais entrer dans ce débat en le restreignant néanmoins aux principes essentiels, pour ne pas trop dépasser les limites de ces Etudes.

II. *Des cas dans lesquels la jurisprudence admet la compétence des tribunaux français.*

26. L'incompétence des tribunaux français à l'égard des étrangers est-elle absolue? Si l'on s'en tenait au principe établi par la cour de cassation, il faudrait dire que les tribunaux ne peuvent, en aucun cas, connaître des contestations qui s'élèvent entre étrangers. On lit dans un arrêt de la cour suprême de France que les tribunaux français sont institués pour rendre justice aux Français (2). Ce principe exclut toute idée, toute possibilité de juridiction sur les étrangers. L'institution des tribunaux est de droit public ; s'ils ont pour mission de rendre la justice aux nationaux, cette mission est nécessairement exclusive de la juridiction que les tribunaux voudraient exercer sur des personnes qui ne sont pas leurs justiciables. Au moins faut-il dire que la compétence à l'égard des étrangers serait exceptionnelle, et une exception pareille ne pourrait être faite que par la loi qui a établi la règle. C'est ce que dit encore la cour de cassation : « Les

(1) Portalis, rapport sur l'ouvrage de Rocco, *Séances de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. Ier (1842), p. 474-478.
(2) Rejet, 2 avril 1833 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil*, n° 314).

tribunaux français ne sont compétents pour connaître des contestations qui s'élèvent entre des étrangers que dans les cas où ils y sont *légalement* autorisés (1). » Un autre arrêt s'exprime encore d'une manière plus précise : « Les tribunaux français *n'ont* une *compétence positive* sur les contestations entre étrangers *que* dans les cas où *la loi* leur en *attribue la connaissance* (2). » Or, il n'y a pas de loi qui parle des étrangers, donc il faut dire que les tribunaux n'ont pas de compétence obligatoire. Ils ne pourraient avoir qu'une compétence facultative. C'est ce que dit la cour de Paris dans un arrêt récent (3). N'est-ce pas dire que tout, en cette matière, dépend des tribunaux? C'est bien à cette conséquence qu'aboutit la jurisprudence de la cour de cassation.

La cour de Paris se déclare compétente entre étrangers en se fondant sur ce que le défendeur était domicilié depuis longues années en France et y possédait des immeubles. Pourvoi en cassation. Le demandeur invoque le principe que les sujets du roi de France sont seuls ses justiciables, la juridiction n'étant qu'un attribut de la souveraineté. Arrêt de rejet, après délibéré en chambre du conseil. La chambre civile dit que le demandeur ne peut citer *aucune loi* qui interdise à un étranger de traduire devant les tribunaux français un autre étranger domicilié et propriétaire d'immeubles en France. Le pourvoi citait comme excluant la compétence des tribunaux français les articles 13 et 14 du code Napoléon. La cour répond que l'article 13 a pour objet unique d'indiquer comment un étranger peut acquérir la jouissance des droits civils; ne statuant rien sur la compétence des tribunaux français, il est sans application à l'espèce. Quant à l'article 14, il ne dispose que relativement aux contestations élevées entre Français et étrangers; on ne peut rien en conclure à l'égard de celles existantes entre étrangers, ainsi que cela a été expliqué lors de la discussion de cet article au conseil d'Etat. La cour conclut qu'il n'y a pas de loi, donc

(1) Rejet, 6 février 1822 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil*, n° 341).
(2) Rejet, 29 mai 1833 (Dalloz, au mot *Droit civil*, n° 314, 3°).
(3) Paris, 7 mai 1875 (Dalloz, 1876, 1, 137).

il ne peut y avoir lieu à casser pour violation de la loi (1).

La cour de Lyon se déclare incompétente d'office entre deux étrangers, « attendu que les parties ne sont pas sujets du roi de France ». Pourvoi pour déni de justice et violation de l'article 420 du code de procédure. La section civile rejette : « Attendu que les parties sont étrangères et non domiciliées en France, et qu'il ne s'agit que d'une action purement personnelle dont aucune loi et aucun traité n'imposaient à la cour de Lyon l'obligation de connaître (2). » La cour ne répond même pas à l'argument tiré de l'article 420, sans doute parce qu'elle ne le trouvait pas sérieux.

Dans une autre espèce, le pourvoi contre le jugement d'un tribunal de commerce prétendait qu'il y avait déni de justice, le consentement des parties ayant suffi, en matière commerciale, pour lui conférer juridiction. Daniels, substitut du procureur général, conclut au rejet : à son avis, le consentement des parties conférait au tribunal de commerce la *faculté* de connaître de l'affaire, mais ne lui en imposait pas la nécessité. La cour rejette : « Attendu qu'aucune loi n'oblige un tribunal à juger des parties qui ne sont pas ses justiciables, alors même qu'elles auraient consenti à être jugées par lui (3). » La cour ne distingue pas entre les matières commerciales et les matières civiles.

II. Des engagements de commerce.

27. Ainsi pas de loi, et partant pas de principe. En droit strict on devrait en induire l'incompétence absolue des tribunaux français à l'égard des étrangers. Si, comme le dit la cour de cassation, les tribunaux français sont institués pour rendre justice aux Français; si, comme elle

(1) Rejet, section civile, 30 novembre 1814 (Dalloz, au mot *Droit civil*, n° 383)

(2) Rejet, section civile, 8 avril 1818 (Dalloz, au mot *Droit civil*, n° 340, 1°).

(3) Rejet, 11 mars 1807, Dalloz, *Répertoire*, au mot *Compétence civile des tribunaux d'arrondissement*, n° 227).

le dit encore, les tribunaux *ne* sont compétents entre étrangers que dans les cas où la *loi* leur attribue la connaissance des contestations qui s'élèvent entre eux, les tribunaux peuvent et doivent même se déclarer incompétents, sauf à la cour à ne pas casser les arrêts quand il n'y a pas de loi violée. Mais l'incompétence absolue est un système si antihumain que les tribunaux ont reculé devant leurs propres principes ; ils se sont déclarés compétents, tantôt pour un motif, tantôt pour un autre. Toutefois il y a une objection sérieuse : s'il est vrai qu'il faille une loi pour rendre les tribunaux français compétents, comment peuvent-ils admettre une compétence, par exception à l'incompétence, alors qu'il n'y a aucune loi? Les tribunaux sont enfermés comme dans un cercle vicieux ; ils devraient toujours se déclarer incompétents, mais l'équité, l'humanité, la justice même protestent contre cette doctrine. Vainement dit-on qu'il n'y a pas déni de justice à refuser de juger quand on ne le doit pas, et que même on ne le peut pas ; la conscience se révolte, il y a un déni moral de justice. Cela explique pourquoi les tribunaux se déclarent compétents, quoiqu'il n'y ait pas de loi. La cour de cassation elle-même les y encourage.

La cour d'Aix s'était déclarée compétente en invoquant la règle traditionnelle qui permet de traduire l'étranger devant le tribunal de son domicile. Pourvoi en cassation. Le demandeur invoque l'article 13, aux termes duquel l'étranger ne peut avoir de domicile légal en France et y jouir des droits civils que sous la condition d'une autorisation du roi. La cour de cassation rejette, mais son arrêt n'a plus ce caractère absolu qui conduit à l'incompétence absolue ; elle-même fait des réserves et indique des exceptions : « Attendu, en droit, que si, pour jouir de tous les droits civils en France, l'étranger doit être admis par l'autorisation du roi à y établir son domicile, cette autorisation royale n'est cependant pas indispensable pour que, notamment en *matière de commerce,* l'étranger puisse, même à l'égard d'un autre étranger, être déclaré, dans certaines circonstances, justiciable des tribunaux français : qu'il peut l'être, en effet, s'il a en France un

domicile de fait; s'il y a un établissement commercial; si, dans d'autres affaires de même nature, il s'est soumis lui-même à la juridiction commerciale française; si surtout, et par la *nature de l'engagement commercial*, et par ses *résultats*, et par les *droits respectifs des parties intéressées*, celles-ci, à quelque nation qu'elles appartiennent, *sont censées avoir élu*, pour cet engagement, *leur domicile en France*, où il doit être consommé (1). » C'est toute une théorie et formulée par un excellent légiste, le conseiller Lasagni, au rapport duquel l'arrêt de rejet a été rendu. Mais si l'on demandait à la cour les textes qui établissent cette compétence exceptionnelle? Elle n'en cite aucun; et nous allons voir que lorsqu'elle en cite un, elle rend des décisions contradictoires.

28. On dit d'ordinaire que la doctrine et la jurisprudence admettent une exception à l'incompétence en matière de commerce. Il est vrai que les tribunaux se déclarent, en général, compétents entre étrangers, quand il s'agit d'un acte de commerce; mais ils ne posent pas la règle en termes absolus et ils ne le peuvent pas; il faudrait une loi pour cela, comme l'a décidé formellement la cour de cassation (n° 26) : et quelle est la loi qui déclare les tribunaux compétents pour décider les contestations qui s'élèvent entre étrangers en matière commerciale?

On allègue l'article 420 du code de procédure, lequel est ainsi conçu :

« Le demandeur pourra assigner, à son choix,

« Devant le tribunal du domicile du défendeur :

« Devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée :

« Devant celui dans l'arrondissement duquel le payement devait être effectué. »

Le mot d'étranger ne se trouve pas dans l'article 420. Aussi quand on l'invoqua devant la cour de cassation pour attaquer un arrêt de la cour de Paris qui s'était déclarée incompétente en matière de lettres de change, la chambre civile prononça un arrêt de rejet, après délibéré

(1) Rejet, 26 avril 1832 (Dalloz, au mot *Droit civil*, n° 345, 1°).

en chambre du conseil : « Attendu que les tribunaux français ne sont compétents pour connaître des contestations qui s'élèvent entre étrangers, que dans les cas où ils y sont *légalement* autorisés, et que, dans l'espèce, la cour de Paris, en reconnaissant qu'elle ne se trouvait dans aucun de ces cas, n'a violé aucune loi. » L'arrêt ne vise pas l'article 420; mais après l'exposé des moyens des parties et avant les motifs de l'arrêt en ses qualités, on lit cette déclaration importante : « La cour de cassation, après en avoir mûrement délibéré et avoir examiné la question sous toutes ses faces, est demeurée convaincue que l'article 420 ne pouvait régir les étrangers qui avaient contracté entre eux; que cet article n'était fait que pour les nationaux et qu'aucune exception au principe que les lois n'ont d'empire que sur les regnicoles, ne se trouvait, à cet égard, ni dans les articles 3 et 14 du code civil, ni dans aucune autre loi française (1). »

En 1828, la cour de cassation rend une décision contraire, et, chose singulière, sous la présidence de Brisson, au rapport duquel avait été rendu l'arrêt de 1822. La cour de Paris s'était déclarée incompétente, tout en constatant que les parties se trouvaient dans les termes de l'article 420 : ces faits, dit-elle, propres à des étrangers, ne peuvent forcer la compétence des tribunaux français. Pourvoi pour violation de l'article 420. La cour casse : « Considérant, en fait, qu'il a été reconnu par les tribunaux qu'il s'agissait, dans la cause, d'un acte de commerce, que la marchandise était livrable à Rouen, qu'elle a été livrée dans cette ville, que le payement devait être effectué à Paris et qu'il y a été effectué en grande partie. Considérant, en droit, que l'article 420 du code de procédure qui, en matière de commerce, permet d'assigner le débiteur devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite, n'établit pas de distinction entre les étrangers et les Français, et qu'il n'était pas dans l'esprit du législateur d'en établir aucune, puisque, d'après l'ancienne jurisprudence et d'après les principes reconnus lors de la discus-

(1) Rejet, section civile, 6 février 1822, (Dalloz, au mot *Droit civil*, n° 341).

sion du code civil, il est *certain* que les tribunaux français sont tenus de prononcer sur les actes de commerce faits en France par des étrangers. D'où il suit que la cour de Paris a violé l'article 420 en jugeant, par le seul motif de l'extranéité des parties, que le tribunal civil de Paris était incompétent (1). » Un arrêt récent a maintenu la dernière jurisprudence de la cour (2).

Voilà la cour de cassation en contradiction avec elle-même sur le sens qu'il faut donner à l'article 420 : en 1822, elle décide, après y avoir mûrement réfléchi, que cet article n'est applicable qu'aux Français : en 1828, elle décide qu'il est *certain* que ladite disposition est applicable aux étrangers, parce que la loi ne distingue pas entre les Français et les étrangers. Je n'ose plus me servir des mots de certitude et d'évidence dont les auteurs sont si prodigues, quand je vois la cour de cassation de France se déjuger à six ans de distance, affirmant le pour et le contre avec une égale certitude. Nous allons entendre un légiste autorisé, et aujourd'hui conseiller à la cour de cassation. Massé démontre avec une grande force, à mon avis, que l'article 420 doit être écarté du débat. Le code de procédure est une loi particulière aux nationaux, destinée à régir les contestations que leur nature ou un texte spécial attribuent aux tribunaux français, à établir la compétence des tribunaux territoriaux, mais nullement à déterminer les règles de compétence internationale. Pour que l'article 420 fût applicable aux étrangers, il faudrait avant tout que la compétence des tribunaux français à leur égard fût reconnue ; alors seulement naîtrait la question décidée par cet article, celle de savoir devant quel tribunal l'étranger peut porter sa demande, si c'est devant le tribunal de son domicile ou devant le juge du lieu où la promesse a été faite. Il ne faut donc pas dire, comme le fait la cour de cassation dans son arrêt de 1828, que l'article 420 est applicable à l'étranger parce qu'il ne distingue pas entre le Français et l'étranger : l'article 420

(1) Cassation, 26 novembre 1848 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Compétence civile des tribunaux d'arrondissement*, n° 520).
(2) Rejet, 22 novembre 1875 (Dalloz, 1877, 1, 373).

ne devait pas faire cette distinction, parce qu'il ne décide pas la question de savoir qui est justiciable des tribunaux français, il décide que ceux qui sont justiciables des tribunaux français ont, en matière de commerce, le choix entre plusieurs tribunaux. Qui est justiciable des tribunaux français? Les étrangers le sont-ils? Sur cette question nous n'avons pas de texte. N'en faut-il pas conclure avec la cour de cassation que les tribunaux français, institués pour rendre justice aux Français, sont incompétents entre étrangers (1).

29. Si la compétence des tribunaux français en matière de commerce n'a pas d'autre base que l'article 420, il faut avouer qu'elle repose sur un fondement peu solide. La cour de cassation a encore invoqué un autre motif d'une nature toute différente. Elle dit que les actes de commerce sont des contrats du droit des gens et, comme tels, soumis, dans leur exécution, aux lois et aux tribunaux des pays où ils ont eu lieu (2). C'est sans doute cet arrêt que Portalis avait en vue dans son apologie de la jurisprudence française, en disant qu'elle maintient le grand principe de la civilisation moderne, qu'en fait de commerce il n'y a pas d'étrangers. Mais pour que la jurisprudence française soit justifiée de ce chef, il faut avant tout qu'elle soit en harmonie avec la loi. Or, de loi, il n'y en a pas, et de fait, l'arrêt de 1827 n'en cite aucune. La cour invoque le droit des gens. Ici il y a confusion d'idées, et sous plus d'un rapport. La cour de cassation pose en principe que les tribunaux français sont institués pour rendre justice aux Français, et qu'il faut une loi pour leur attribuer compétence à l'égard des étrangers. De loi, il n'y en a pas. Dans le silence de la loi, que faut-il dire? Que les tribunaux français sont incompétents. Est-ce que le droit des gens peut tenir lieu de loi? Si ce droit avait force de loi en France, la cour de cassation devrait casser les arrêts qui le violent; or, il est bien certain que la cour n'a jamais cassé et ne cassera jamais une décision

(1) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 570 et suiv., n° 658 de la 2e édition.
(2) Rejet, 24 avril 1827 (Dalloz, au mot *Droit civil*, n° 344).

contraire au prétendu droit des gens, à moins qu'il n'y eût un traité qui rendît obligatoires les règles du droit international. En réalité, la doctrine que la cour invoque est une théorie, ce n'est pas une disposition législative ni une règle de droit positif. Et cette théorie n'est pas même exacte. J'emprunte la critique que je vais faire à un magistrat, président à la cour de cassation.

Massé demande pourquoi les actes de commerce seraient des contrats du droit des gens plutôt que des actes purement civils. Comment se fait-il que la vente appartienne au droit des gens quand elle se fait entre commerçants, tandis qu'elle dépendrait du droit civil si elle ne constitue pas un acte de commerce? Le commerce est, sans doute, du droit des gens, et pourquoi? Parce qu'il se compose d'une série de contrats qui tous appartiennent à ce que l'on appelle le droit des gens : tels sont la vente, le prêt, le bail, le mandat, la société. Ce n'est pas le commerce qui fait que ces contrats sont du droit des gens, c'est parce que ces contrats appartiennent au droit des gens que le commerce aussi en dépend. La conclusion est que la vente, par exemple, est toujours du droit des gens, que ce soit une vente commerciale ou une vente civile. Donc, s'il suffit qu'un contrat soit du droit des gens pour que les tribunaux français deviennent compétents entre étrangers, il faut dire qu'ils sont toujours compétents en matière personnelle, puisque les obligations sont toutes du droit des gens (1).

Nous aboutissons encore à une autre conséquence, c'est que l'exception admise par la jurisprudence pour les matières commerciales détruit la règle que la jurisprudence consacre. La cour de cassation établit comme règle que les tribunaux sont institués pour rendre justice aux Français; et elle admet néanmoins qu'ils sont compétents entre étrangers commerçants. Est-ce qu'il y aurait par hasard deux justices, l'une dépendant du droit des gens, et l'autre appartenant au droit civil? La question est un non-sens. La cour de cassation dit encore qu'il faut une

(1) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 509, no 658 de la 2e édition.

loi pour rendre les tribunaux compétents entre étrangers; et elle les déclare compétents en matière de commerce, sans qu'il y ait une loi; car l'article 420 doit être écarté, puisque, pour le moins, le sens en est douteux, la cour de cassation ayant décidé le pour et le contre dans un espace de six ans. Reste la nature des actes que la cour de cassation rapporte au droit des gens : ce sont les actes de commerce, or il se trouve que ces actes procèdent tous de contrats qui par leur nature sont du droit des gens, sans qu'il y ait à distinguer si les contrats sont commerciaux ou civils; donc tous les engagements contractuels appartiennent au droit des gens; partant, tous, quels que soient les contractants, étrangers ou nationaux, sont de la compétence des tribunaux français. L'exception devient la règle, c'est dire qu'elle détruit la règle (1). Voilà à quoi aboutit l'apologie de la jurisprudence par le premier président de la cour de cassation.

30. Je trouve, dans un arrêt de la cour de Paris, un exemple de la moralité des débats qui s'agitent devant les tribunaux sur la compétence. Un marchand turc faisait à Paris un grand commerce de châles depuis nombre d'années. En 1813, une maison de Constantinople lui en vendit, et pour prix tira sur lui des lettres de change qui furent protestées faute d'acceptation. De là procès. Le défendeur opposa la qualité d'étrangers des parties, et déclina la compétence du tribunal français. L'exception fut repoussée en première instance et en appel. Le vrai domicile d'un négociant, pour les affaires de son commerce, dit la cour, est le lieu où il réside et où est le siége de ses affaires. Dans l'espèce, le marchand turc prétendait que son domicile était à Constantinople, et que c'est là qu'il devait être assigné. Or il tenait magasin dans le quartier le plus fréquenté de la capitale, y faisait de grandes affaires depuis quinze années, et avec des gens de tout pays. Fallait-il l'assigner à Constantinople, à 500 lieues de sa résidence, par la raison qu'il était étranger, sujet de l'empe-

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I[er], p. 328 et suiv., n° 156 de la 4[e] édition. — Massé, *Droit commercial*, t. I[er], p. 570, n° 658. Et mes *Principes de droit civil*, t. I[er], p. 553 et suiv.

reur turc, et qu'en se fixant à Paris pour son commerce, il n'avait pas entendu y transférer son domicile? Un pareil système est absurde, et aboutirait à entraver et à paralyser l'action de la justice. En effet, après avoir obtenu contre lui un jugement à Constantinople, il faudrait l'exécuter à Paris, où était sa fortune mobilière, principal gage d'exécution des transactions commerciales; mais le jugement émané d'un tribunal étranger ne pourrait être exécuté qu'après que la cause y aurait été plaidée de nouveau; ce qui, en définitive, ramènerait le marchand turc devant le tribunal français dont il déclinait la compétence, sans autre avantage que d'avoir excédé son adversaire par des longueurs interminables, par des désagréments et des frais multipliés, et par des pertes énormes. La cour conclut qu'une telle manière de procéder est éversive de toute idée de commerce, et ne peut convenir qu'à la mauvaise foi (1). L'arrêt ne cite aucun texte de loi, et en réalité, il n'y en a pas; il est fondé sur le bon sens et sur la bonne foi. Le législateur fera bien de se mettre d'accord avec la raison et avec le cri de la conscience.

II. Du cas où les parties consentent à la juridiction française.

31. La doctrine et la jurisprudence admettent une exception à la règle de l'incompétence des tribunaux français entre étrangers : quand les parties se soumettent à la juridiction française, les juges pourront décider leurs contestations. Si l'on accepte le principe de la cour de cassation, cette seconde exception est aussi inadmissible que la première. Comment les tribunaux français, institués pour rendre justice aux Français, peuvent-ils connaître des procès entre étrangers par la seule raison que ceux-ci consentent à être jugés par des juges français? Est-ce que la juridiction repose sur le consentement des parties? Où est la loi qui permet aux parties intéressées de saisir les tribunaux étrangers dont ils ne sont pas justiciables? Il est inutile d'insister, nous sommes en dehors de la loi.

(1) Paris, 24 mars 1817 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil*, n° 348, 1°).

Mais la question a encore une autre face. Quand des étrangers se présentent devant un tribunal français et lui demandent justice, les juges peuvent-ils refuser de juger leurs contestations par le seul motif qu'ils sont étrangers? Y a-t-il des étrangers, en matière de justice? Un excellent jurisconsulte, le Napolitain Rocco s'est prononcé pour la compétence quand les parties acceptent la juridiction étrangère. Il mérite d'être entendu. En droit, dit Rocco, le consentement des parties suffit pour proroger la juridiction d'un tribunal, incompétent à raison de la qualité des personnes. Le consentement des juges n'est point requis; c'est la décision des jurisconsultes romains. Portalis répond que les lois romaines ne statuaient que pour l'intérieur de l'Empire; elles n'avaient pas en vue les étrangers, ni les juridictions étrangères. On comprend que la juridiction soit *prorogée,* ce qui implique que la partie est justiciable du juge dont elle proroge l'autorité; mais on conçoit difficilement que celui qui n'est pas justiciable attribue une juridiction à un magistrat avec lequel il n'a aucun rapport juridique. L'objection est péremptoire au point de vue du droit positif, tel qu'il nous vient de la tradition romaine. Mais cette doctrine, bonne dans l'ordre d'idées des anciens, pour lesquels l'étranger était un ennemi, doit-elle être maintenue dans nos sociétés modernes, où l'homme n'est plus un loup pour l'homme? Un philosophe du dernier siècle disait qu'il fallait élargir le ciel, et y admettre tous les croyants à quelque confession qu'ils appartiennent. Il faut aussi élargir le droit en le mettant en harmonie avec nos idées et nos sentiments. C'est ce que Rocco a compris.

La justice est la dette commune des nations, et par conséquent des tribunaux qu'elles établissent; l'obligation que les juges ont de faire droit quand on le leur demande ne dérive pas du droit positif, elle n'a pas besoin d'un texte pour s'y appuyer, elle est de droit naturel. Si les anciens ne l'ont pas comprise, c'est que les relations entre peuples étaient rares et hostiles. Aujourd'hui, ces rapports prennent un accroissement prodigieux; on n'écarte plus les étrangers, on les attire. Ne serait ce pas

mettre obstacle à la libre communication des hommes, et repousser les étrangers, que de leur refuser justice quand ils la réclament d'un commun accord?

Rocco se fonde encore sur une autre raison qui tient également au droit naturel. L'arbitrage, cet ordre judiciaire primitif, les arbitres, ces juges institués par le libre choix des parties, appartiennent au droit des gens. Que la juridiction proprement dite soit circonscrite dans les limites du territoire national, cela se comprend ; mais l'arbitrage ne connaît pas ces limites. Eh bien, les parties ne peuvent-elles pas remettre la décision de leurs différends à l'arbitrage d'un tribunal? Les juges seront, en ce cas, des arbitres, et ils ne seront pas moins des juges : en tant que juges, ils sont tenus d'accepter la mission qui leur est confiée par la confiance de leurs justiciables volontaires : en tant qu'arbitres, ils rendent des sentences auxquelles doit s'attacher en tous lieux l'autorité de la chose jugée. Aucun obstacle sérieux ne s'oppose donc à ce que les étrangers trouvent partout, dans les tribunaux de chaque Etat, des juges *naturels* et *forcés*; l'intérêt de toutes les nations en fait une loi (1).

La théorie est ingénieuse, mais suffit-elle en droit positif? Les juges auxquels les parties s'adressent, pour leur conférer l'arbitrage, ne peuvent-ils pas refuser la mission qu'on leur offre? Pour qu'ils soient forcés de l'accepter, ne faut-il pas une loi? Cela nous ramène au système de la cour de cassation : pas de juridiction sans texte. Mais le législateur fera bien de s'inspirer des idées généreuses du jurisconsulte italien, en transformant sa doctrine en loi. C'est ce que le législateur belge a fait.

32. Il nous faut descendre des hauteurs de la théorie; les difficultés, les incertitudes, les contradictions que nous allons rencontrer dans la pratique nous conduiront à la même conclusion : nécessité pour le législateur français d'intervenir pour mettre la loi en harmonie avec les besoins de la justice. Le cas de l'arbitrage s'est présenté, mais

(1) Rocco, analysé par Portalis (*Séances de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. Ier, p. 473).

non dans la forme que Rocco suppose. Deux Américains soumirent à des arbitres le compte des opérations faites par eux en France, avec la clause du recours devant les tribunaux français ; les arbitres ayant terminé leurs opérations par un compromis, l'un d'eux s'adressa au président du tribunal de Bordeaux. Pourvoi contre l'ordonnance d'exequatur pour excès de pouvoir. La cour prononça un arrêt de rejet, en décidant que la désignation des tribunaux français pour les recours qui seraient nécessaires était valable (1). Il y avait, dans l'espèce, d'abord un arbitrage, puis un recours éventuel devant la justice française, fondé sur le consentement des deux parties. La cour n'entra pas dans les difficultés de la matière.

Dans une autre instance, également entre Américains, citoyens des Etats-Unis, le défendeur, après avoir conclu au fond devant le tribunal de commerce, proposa en appel un déclinatoire fondé sur la qualité d'étrangers de toutes les parties. Voilà encore un exemple de la moralité de ces débats. On commence par plaider, puis la partie qui perd sa cause décline la compétence de la justice française. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. La cour commence par établir en principe que les tribunaux français n'ont une compétence positive sur les contestations entre étrangers que dans les cas où la loi leur en attribue la connaissance. Qu'en faut-il conclure dans les autres cas? La cour n'induit pas de son principe que l'incompétence des tribunaux français est absolue; elle n'est établie qu'en faveur des étrangers, et en ce sens elle est facultative; c'est-à-dire que les tribunaux ne sont valablement saisis du différend qu'autant qu'ils consentent à le juger, et que les parties en cause reconnaissent volontairement une juridiction. Or, ils la reconnaissent par cela seul qu'ils plaident au fond; donc ils ne peuvent plus décliner la compétence (2).

L'arrêt est une série d'affirmations. Pourquoi l'incompétence n'est-elle pas absolue? La cour ne le dit pas. Pour-

(1) Rejet, 7 messidor an VII (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil*, n° 310, 2°).

(2) Rejet, 29 mai 1833 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil*, n° 314, 4°).

quoi, incompétents à raison de leur institution, les tribunaux deviennent-ils compétents quand les parties reconnaissent leur juridiction? On ne le sait. Pourquoi, outre le consentement des parties, faut-il que les juges consentent? Si, comme le dit l'arrêt, l'incompétence n'est établie qu'en faveur des étrangers, n'en faut-il pas conclure que le tribunal devient compétent dès que les parties veulent être jugées par lui? Que si les juges doivent aussi consentir, cela ne prouve-t-il pas que l'incompétence n'est pas établie, comme la cour le dit, uniquement en faveur des étrangers? A toutes ces questions, l'arrêt ne donne aucune réponse, et l'on en chercherait vainement une dans la jurisprudence.

33. Une compétence facultative conduit nécessairement aux décisions les plus diverses. Les parties consentent à être jugées par le tribunal français saisi de la contestation. Preuve qu'elles ont intérêt à être jugées en France; cependant le tribunal peut les renvoyer devant les juges de leur pays. « En droit, dit la cour de cassation, les tribunaux français sont institués pour rendre justice aux Français; ils peuvent donc, sauf les cas particuliers autorisés par la loi, s'abstenir de juger les différends qui s'élèvent entre des étrangers, et cela lors même que ceux-ci, par leur consentement formel, se soumettraient à leur juridiction; on ne peut et l'on ne doit pas imposer aux juges français, par la volonté de plaideurs étrangers, une obligation de juger qu'ils ne tiennent pas de la loi (1). » Le tribunal peut donc se déclarer compétent ou incompétent; d'après quel principe se déciderait-il? Y a-t-il un principe? L'arrêt, bien que rédigé avec soin, et par un excellent légiste, Lasagni, ne nous apprend rien sur ce point : donc c'est l'arbitraire le plus absolu.

Le défendeur décline la compétence du tribunal français : le juge pourra-t-il néanmoins retenir l'affaire dont il est saisi? Si, comme le dit la cour de cassation de France, l'incompétence était uniquement fondée sur l'intérêt des

(1) Rejet, 2 avril 1833 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil*, n° 314, 3°) Dans le même sens, Rejet, 14 avril 1818 (Dalloz, *ibid*, n° 319).

étrangers, il faudrait, sans doute aucun, décider que le tribunal doit se déclarer incompétent, dès que les parties demandent le renvoi devant leur juge naturel. Cependant la cour de Bruxelles s'est déclarée compétente, bien que le défendeur eût opposé l'incompétence. Dans l'espèce, il s'agissait d'engagements contractés en France. Si la cour a retenu le procès malgré le défendeur, c'est par un motif d'équité, disons mieux, de justice. Admettre l'incompétence absolue, dit-elle, ce serait donner à un étranger la faculté de se soustraire, en se retirant en Belgique, à l'accomplissement de ses obligations (1). La raison est excellente, en théorie. Mais au point de vue du droit positif, les doutes abondent. C'est déjà déroger à la rigueur du principe établi par la cour de cassation de France, que d'admettre que des tribunaux, institués pour rendre justice aux nationaux, se déclarent compétents quand les deux parties reconnaissent leur juridiction. Mais comment justifier une déclaration de compétence, malgré les principes et malgré les parties?

34. Si du moins on savait quand les tribunaux se déclareront compétents, quand ils se déclareront incompétents? Tantôt ils se déclarent incompétents quand le demandeur et le défendeur font appel à leur juridiction, et ils renvoient les parties devant leur juge naturel, bien que les parties aient intérêt à plaider en France, et qu'elles refusent de plaider à l'étranger; tantôt les tribunaux se déclarent compétents, quoique le défendeur décline leur juridiction, et demande à être renvoyé devant son juge naturel. Où est le principe, où est la raison de décider? et que devient la distribution de la justice dans cette incertitude? Une chance, une loterie!

Cependant Portalis, le premier président de la cour de cassation, voit un grand progrès dans cette doctrine arbitraire. Il est vrai que la jurisprudence, en admettant la compétence *facultative*, écarte l'incompétence *absolue*. En ce sens elle a fait un pas vers la justice universelle et la communauté de droit entre les peuples. Mais en attendant

(1) Bruxelles, 13 juin 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 2, 159).

que ce premier pas soit suivi par bien d'autres, l'anarchie règne dans la jurisprudence. Elle s'en rapporte à la conscience des juges, dit Portalis, et il cherche à justifier cette doctrine, si contraire à l'esprit de la législation moderne : « Si après s'être eux-mêmes éprouvés, ils ont le sentiment de leur suffisance, s'ils ont la confiance que leurs jugements seront exécutés, la jurisprudence les autorise à retenir les causes qui leur sont déférées d'un commun accord par les étrangers résidant en France. Mais elle réserve l'indépendance des tribunaux, elle prévient l'abus que pourraient faire de la juridiction française des étrangers qui ne l'emprunteraient que pour échapper à la clairvoyance de leurs juges naturels, ou à une rigoureuse application des lois qui régissent leurs engagements (1). »

Je réponds que la compétence facultative est synonyme d'arbitraire, et l'arbitraire est toujours un mal, alors même que, pour le justifier ou l'excuser, on invoque l'équité. Faut-il rappeler au premier président de la cour de cassation que, dans l'ancien régime, les parlements étaient des ministres d'équité, et que, dans l'application de ce pouvoir arbitraire, il y eut tant d'iniquités, que la conscience publique jeta ce cri de réprobation : « Dieu nous délivre de l'équité des parlements ! » Je n'admets pas l'excuse de l'insuffisance des juges : c'est au législateur d'y pourvoir. Les cas dans lesquels les tribunaux sont appelés à décider d'après des lois étrangères deviennent tous les jours plus nombreux ; les juges doivent donc connaître ces lois, et pour qu'ils les connaissent, il faut qu'on les leur enseigne. Que l'on ne se récrie pas contre l'impossibilité d'un enseignement et d'études aussi vastes. Si l'on réduisait l'enseignement aux principes, on pourrait beaucoup enseigner, tout en chargeant moins la mémoire des élèves. Dans les cas difficiles, il faudrait permettre aux juges de s'éclairer en consultant des autorités étrangères. Plus les relations s'étendront, plus on sentira la nécessité de ces consultations internationales, et la diplomatie finira par

(1) Portalis, dans les *Séances de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. Ier, p. 478.

les organiser. Quoi qu'il en soit des difficultés que les juges rencontreront dans l'accomplissement de leur mission, il faut que l'on y trouve un remède; la justice universelle est un devoir, et ce devoir doit être rempli. Dans l'état actuel des choses, il n'y a pas de justice, ou il y a une justice arbitraire, ce qui est encore pire.

III. De l'étranger domicilié ou résidant.

35. La cour de cassation de France pose en principe que, dans le silence de la loi, les tribunaux français sont incompétents. On peut encore induire du silence de la loi une autre conséquence, c'est que la compétence des tribunaux étant universelle de sa nature, elle s'étend aux étrangers, en vertu du droit commun. Telle est la doctrine consacrée par la jurisprudence des cours de Belgique. Elle est professée par M. Bonfils, dans son Traité de la Compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers. Je commence par la théorie; elle n'est pas sans difficulté.

D'après le droit commun, le demandeur assigne le défendeur devant le tribunal de son domicile, quand il s'agit d'une action personnelle. L'étranger demandeur peut-il se prévaloir de ce principe contre l'étranger défendeur? Il y a un cas dans lequel la jurisprudence française admet elle-même la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers, c'est quand ceux-ci sont domiciliés en France avec l'autorisation du gouvernement; ils jouissent, dans ce cas, de *tous les droits civils* (art. 13 du C. Nap.). Donc, en supposant même que le droit d'ester en jugement comme demandeur ou défendeur soit un droit civil, les étrangers domiciliés en vertu de l'article 13 du code Napoléon pourraient exercer ce droit.

Faut-il que les deux parties soient domiciliées, avec autorisation, pour que les tribunaux français soient compétents? Le droit d'agir en justice n'est pas considéré par le code Napoléon comme un droit civil, quand c'est un étranger qui est demandeur contre un Français; l'article 15 lui donne formellement le droit de traduire son dé-

biteur devant un tribunal de France, quand même l'engagement aurait été contracté en pays étranger. Il suffit donc que le tribunal français soit le juge naturel du défendeur, pour qu'il soit compétent. De là suit que l'étranger a action devant les tribunaux de France, quand l'étranger défendeur a un domicile légal en France en vertu de l'article 13; il est plus que domicilié, il est assimilé aux Français quant à la jouissance des droits civils; donc on peut et l'on doit lui appliquer le droit commun qui régit les Français. On admet que l'étranger domicilié en France avec autorisation jouit du bénéfice de l'article 14, quoique ce soit un privilége exorbitant du droit commun; si l'étranger domicilié profite du bénéfice que le droit civil donne au Français, il doit aussi en supporter la charge. Il a été jugé que les tribunaux français sont compétents pour connaître d'une demande en séparation de corps formée par la femme d'un étranger contre son mari autorisé à établir son domicile en France (1).

36. Sur ce point, il n'y a aucun doute. Mais la question de compétence se présente rarement à l'égard d'étrangers domiciliés, et jouissant comme tels des droits civils. Le plus souvent les étrangers n'ont qu'un domicile, sans autorisation, ou une simple résidence. Ici s'élève une difficulté préliminaire qui est d'une grande importance dans la question que je discute. L'étranger peut-il avoir un domicile légal en France en vertu de l'article 102, c'est-à-dire quand il habite la France et qu'il y a son principal établissement? La cour de cassation de France a décidé que le principal établissement ne suffit pas pour donner à l'étranger un *domicile légal* en France; que sans autorisation il n'y a qu'un *domicile de fait*. De là résulte une conséquence très grave en ce qui concerne la compétence : l'étranger, quoique domicilié de fait en France, conserve le domicile de droit qu'il avait dans sa patrie; donc le tribunal de ce domicile est son juge naturel, partant les tribunaux français sont incompétents en vertu du droit com-

(1) Bonfils, *De la Compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, p. 104, n° 110, et p. 156, n° 186.

mun. J'ai combattu cette jurisprudence; Bonfils l'attaque également (1). Comme, à mon avis, la doctrine de la cour de cassation, en ce point, est contraire au texte du code Napoléon, je l'écarte, et je prends comme point de départ le principe que l'étranger a un domicile légal en France, dès qu'il y a son principal établissement. La question doit donc être posée en ces termes : l'étranger, domicilié en France en vertu de l'article 102, peut-il être traduit devant les tribunaux français?

Le code de procédure, article 59, porte : « En matière personnelle, le défendeur sera assigné devant le tribunal de son domicile. » Cette règle est-elle universelle et s'applique-t-elle à l'étranger aussi bien qu'au Français? Bonfils avoue que l'article 59 ne suffit pas pour fonder la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers; c'est une loi spéciale qui règle la compétence à l'égard de ceux qui sont justiciables des tribunaux français; pour l'appliquer à l'étranger, il faut commencer par prouver qu'il est justiciable, et c'est précisément là l'objet du débat. Bonfils ajoute qu'il ne prend cet article que comme une indication de la volonté du législateur, volonté qui a été déclarée en termes nets et formels au conseil d'Etat, par Tronchet. L'article 59 ne fait donc qu'appliquer une règle universellement admise, à savoir que le demandeur doit porter son action devant le tribunal du domicile du défendeur.

La solution laisse à désirer. Si l'on admet, avec la cour de cassation, que les tribunaux sont établis pour rendre justice aux Français, toute l'argumentation de Bonfils vient à tomber; il faudrait un texte pour rendre les tribunaux français compétents à l'égard des étrangers; or ce texte ne se trouve pas dans l'article 59, et les paroles prononcées au conseil d'Etat ne sont pas des lois. Bonfils cherche un autre appui pour sa doctrine; il développe très bien les considérations d'équité et de justice qui militent en faveur de la compétence déterminée par le domicile de l'étranger. La cour de cassation dit que ce domicile

(1) Voyez le t. III de ces Études, p. 456, n° 264. Comparez Bonfils, p. 157, n° 188.

est à l'étranger; mais où est-il, dans quel lieu? et devant quel tribunal le demandeur assignera-t-il l'étranger? La difficulté est insoluble quand il s'agit de familles étrangères établies depuis plusieurs générations en France ou en Belgique; ces familles ignorent elles-mêmes quel a été le domicile de leurs ancêtres, c'est une fiction que ce domicile de droit, que la jurisprudence suppose à l'étranger, et une fiction ne suffit point pour déterminer la compétence. Il y a plus; sans remonter à des siècles, il peut être impossible à l'étranger défendeur de dire quel est son domicile, dans son pays. Le prince Pierre Bonaparte déclina la juridiction du tribunal belge devant lequel son créancier français l'assigna; mais le tribunal se déclara compétent, à raison du domicile de fait, ou de la résidence du défendeur. Celui-ci était dans l'impossibilité de déterminer le lieu où il avait son domicile en France; donc dans le système de la cour de cassation, il n'aurait pu être poursuivi nulle part. Voilà bien le déni de justice auquel aboutit le système de la jurisprudence française. Portalis le nie en vain : le tribunal français, dit-il, renvoie les parties devant leur juge naturel. Fort bien : mais si ce juge naturel est introuvable!

Bonfils invoque encore une autre considération. On suppose que le juge du domicile est connu; l'action est intentée, et il intervient une condamnation. Comment l'exécuter si, comme il arrive d'ordinaire, l'étranger n'a plus de biens dans son ancien domicile. Le demandeur devra plaider de nouveau, et devant les juges français, pour rendre le jugement exécutoire en France. Ainsi, le même tribunal qui s'est déclaré incompétent va être saisi de nouveau pour déclarer exécutoire le jugement rendu par le tribunal étranger. Pourquoi ce circuit d'actions? Est-ce une justice que celle qui renvoie l'étranger devant son juge naturel, force le demandeur à faire des frais frustratoires, et qui, après ces longs détours, est obligée de prendre connaissance du litige (1)?

(1) Bonfils, *De la Compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, p. 160, n°s 189-191.

37. Ces considérations sont toutes-puissantes dans le domaine de la théorie, mais elles sont à l'adresse du législateur ; au juge, il faut un texte sur lequel il puisse baser sa compétence, et de loi, il n'y en a point. Nous allons entendre les cours de Belgique, qui ont presque toujours appliqué la doctrine que Bonfils a très bien défendue. Il n'y a pas de loi ; qu'en faut-il conclure? La cour de cassation de France répond : Les tribunaux français sont incompétents, à défaut d'une loi qui leur permet de prendre connaissance des contestations qui s'élèvent entre étrangers. Nos cours disent, au contraire, que, dans le silence de la loi, leur juridiction est sans limites, qu'elle s'applique aux étrangers aussi bien qu'aux nationaux. Voici comment la cour de Gand établit ce principe. La juridiction des tribunaux n'a d'autres limites que celles que les lois lui ont tracées ; or, ni les lois institutives des tribunaux, ni aucune autre loi ne déclarent les tribunaux belges incompétents pour juger les contestations entre étrangers ; partant, ils sont compétents pour les décider. On invoque l'article 14 du code Napoléon. Cet article se borne à régler la compétence sur les contestations entre un étranger et un Belge, il ne dit pas un mot des procès qui existent entre étrangers ; donc, on n'en peut induire que les tribunaux nationaux soient incompétents pour les décider. La discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat prouve d'ailleurs que le législateur n'a rien voulu décider, par l'article 14, sur la compétence des tribunaux à l'égard des étrangers. Il faut donc l'écarter du débat. Qu'en résulte-t-il? Aucune loi ne limitant la compétence des tribunaux aux nationaux, il faut dire qu'elle s'étend aux étrangers ; ceux-ci sont justiciables de nos tribunaux quand, d'après les principes généraux, la demande peut être portée devant eux. Or, l'action personnelle peut et doit être portée devant le tribunal du domicile ; donc, l'étranger peut être assigné devant le tribunal du domicile qu'il a en Belgique (1). La cour de Gand ne distingue pas entre le prétendu domicile de fait que l'étranger aurait en

(1) Gand, 9 janvier 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 9).

Belgique en vertu de l'article 102, et le domicile légal qu'il établit avec l'autorisation du roi, en vertu de l'article 13; les cours de Belgique n'ont jamais admis la fausse interprétation que la jurisprudence française donne à l'article 13; l'étranger reste sous l'empire du droit commun pour son domicile; il a un domicile de droit en Belgique dès qu'il y a fixé son principal établissement, et ce domicile est attributif de juridiction (1).

38. Les cours de Belgique ont fait de nombreuses applications de ce principe. Je me borne à citer les arrêts qui ont décidé en droit. Un Anglais assigne un autre Anglais devant le tribunal de commerce de Gand, en payement d'une traite acceptée à Londres par le défendeur et payable en cette ville. Le tribunal se déclare incompétent, sur le fondement que le défendeur avait son domicile en Angleterre. Sur l'appel, la cour de Bruxelles confirme. Elle pose en principe que la compétence des tribunaux belges entre étrangers est réglée par les principes généraux; or, en matière personnelle, la règle générale est que la demande doit être portée devant le tribunal du domicile du défendeur. La cour établit ensuite que le défendeur primitif n'était pas domicilié en Belgique; ayant conservé son dimicile à Londres, c'est là qu'il devait être assigné. L'appelant avait invoqué, pour fonder la compétence du tribunal de commerce de Gand, l'article 420 du code de procédure : la cour de Bruxelles admet que cet article est applicable aux étrangers, mais elle démontre que, dans l'espèce, les parties ne se trouvaient pas dans les termes de la loi. La conséquence était que, d'après le droit commun, la demande ne pouvait être portée devant un tribunal belge (2).

39. L'article 59 du code de procédure dispose que, si le défendeur n'a pas de domicile, il sera assigné devant le tribunal de sa résidence. Cette règle est-elle applicable à l'étranger? La négative est certaine, si l'on admet, avec la jurisprudence française, que les étrangers ne sont pas

(1) Liége, 25 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1872. 2. 97).
(2) Bruxelles, 26 mai 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 13).

justiciables de nos tribunaux ; on ne peut pas dire qu'ils n'ont pas de domicile, ils en ont un dans le pays auquel ils appartiennent ; c'est donc là qu'ils doivent être assignés. C'est ce que la cour de cassation de France a décidé, dans les termes les plus absolus, par un arrêt rendu au rapport de Lasagni : « S'il peut y avoir des cas particuliers où l'étranger peut être justiciable des tribunaux français, lors même que son domicile n'a pas été autorisé par le roi, *il est certain* que sa *seule résidence en France ne peut le soumettre à la juridiction française* (1). » Dans l'espèce, la défenderesse résidait cependant en France depuis un grand nombre d'années ; mais, dans le système de la jurisprudence française, la résidence n'est pas attributive de juridiction ; l'article 59, en le supposant applicable à l'étranger, ne peut recevoir d'application à l'étranger, celui-ci étant régulièrement domicilié dans sa patrie.

Les cours de Belgique, partant d'un principe contraire, arrivent à une conclusion toute différente. La cour de Bruxelles rappelle qu'en *règle générale*, et *aux termes de l'article* 59 du code de procédure, *tout* défendeur en matière personnelle, s'il n'a pas de domicile, peut être valablement assigné devant le tribunal de sa résidence. Dans l'espèce, il s'agissait d'une traite acceptée par un Anglais qui, dans la traite même, était qualifié de négociant résidant à Tournai. Il prétendait que l'article 59 n'était pas applicable en matière de commerce. C'était une erreur évidente ; la cour fait une remarque très juste à cet égard, c'est que loin de restreindre la compétence des juges consulaires, la loi l'étend, en faveur du commerce, par l'article 420. Chose singulière, le défendeur, tout en soutenant qu'il avait conservé son domicile à Londres, n'opposait pas l'incompétence de ce chef ; il reconnaissait, comme la jurisprudence belge le fait que l'article 59 est applicable aux étrangers, il se bornait à soutenir qu'il ne résidait pas à Tournai, ce que la cour n'admit point (2).

Il y a cependant une objection sérieuse contre ce sys-

(1) Rejet, 2 avril 1833 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil*, nº 314).
(2) Bruxelles, 27 janvier 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 188).

tème. L'assimilation complète des étrangers et des nationaux n'est pas exacte. Des nationaux on peut dire que nécessairement ils sont justiciables des tribunaux de France, puisqu'ils y ont ou un domicile ou une résidence. Mais les étrangers ne sont justiciables des tribunaux français qu'à raison de leur domicile; et s'ils prouvent qu'ils ont conservé leur domicile dans leur patrie, n'en faut-il pas conclure que c'est devant les tribunaux de ce pays qu'ils doivent être assignés? C'est bien là leur juge naturel, comme les juges naturels des Français sont les tribunaux de France. Cela me paraît décisif dans le système de la législation française, qui n'est rien moins que cosmopolite. La jurisprudence des cours de Belgique procède d'un tout autre esprit ; elle efface la distinction d'étranger et de national, l'un et l'autre ont leur juge naturel au lieu qu'ils habitent, peu importe qu'ils soient domiciliés ou résidents. C'est un principe plus large, plus humain, plus conforme aux tendances des sociétés modernes; mais, par cela même, la jurisprudence belge dépasse la législation française, qui est cependant la nôtre. N'est-ce pas faire une loi nouvelle? Dans l'espèce, la loi est muette, et son silence est interprété en sens contraire par les tribunaux de France et de Belgique : ici, dans un esprit cosmopolite, là, dans un esprit d'étroite nationalité.

40. Il est certain que la jurisprudence des cours de Belgique a en sa faveur des considérations morales d'une grande importance. Nous sommes voisins de la France; un Français condamné en France envers un Français peut quitter son pays natal et s'établir en Belgique. Poursuivi devant nos tribunaux, il opposera l'incompétence; vainement prouvera-t-on qu'il a son principal établissement en Belgique, il répondra, en s'appuyant sur l'autorité de la cour de cassation de France, qu'il n'a pas de domicile en Belgique, parce qu'il n'y est pas établi avec autorisation du roi. La cour de Bruxelles a repoussé une doctrine qui conduit à de pareilles conséquences. Elle écarte l'article 13, qui n'exige l'autorisation du roi pour établir son domicile en Belgique, que si l'étranger veut acquérir la jouissance des droits civils. Quant à l'étranger qui

veut simplement établir son domicile en Belgique, l'autorisation n'est requise par aucune loi, il suffit qu'il y ait son principal établissement. La cour a tort de qualifier ce domicile de domicile de *fait*, c'est supposer que ce n'est qu'une *résidence*. Du reste, cela importe peu en ce qui concerne la compétence des tribunaux belges, puisque la résidence suffit pour les rendre compétents. La cour ajoute que cette doctrine est conforme à l'équité et à la justice; en effet, si l'on admet l'incompétence des tribunaux belges, il sera toujours libre aux étrangers de se soustraire à l'exécution des engagements qu'ils auront contractés, dans leur patrie, envers leurs compatriotes en venant s'établir en Belgique; ils éluderont par là les condamnations judiciaires qui seraient prononcées contre eux, puisqu'elles ne peuvent être exécutées à leur charge (1). La cour de Bruxelles dit, dans un autre arrêt, que ce serait encourager la mauvaise foi et la fraude, puisque le débiteur pourrait à dessein contracter des obligations dans sa patrie, et rendre impossible toute poursuite, en passant la frontière (2).

Pour faire comprendre ces pratiques malhonnêtes, j'ajouterai qu'un arrêté-loi du 9 septembre 1814, émané du prince souverain des Pays-Bas, dispose que les arrêts et jugements rendus en France n'auront aucune exécution dans la Belgique. « Nonobstant ces jugements, dit l'article 3, les habitants de la Belgique pourront de nouveau débattre leurs droits devant les tribunaux qui y sont établis, soit en demandant, soit en défendant ». En conséquence, les jugements français ne peuvent plus être rendus exécutoires en Belgique ; le Français qui a obtenu en France un jugement contre son débiteur doit, quand celui-ci s'établit en Belgique, intenter une action nouvelle. C'était un acte de défiance à l'égard de la France ; le nouveau code de procédure va enfin mettre fin à cet état de choses qui fait honte à la Belgique. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans le détail de cette matière ; elle vient d'être

(1) Bruxelles, 15 mai 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 127).

(2) Bruxelles, 5 juillet 1837 (*Pasicrisie*, 1837, p. 176), et 13 juin 1840 (*Pasicrisie*, 1840, p. 159).

exposée dans un excellent discours prononcé par M. le procureur général De Page, à l'audience solennelle de rentrée du 15 octobre 1879. Voilà à quoi conduisent la doctrine des représailles et les sentiments de défiance entre les nations : à favoriser la mauvaise foi et à prêter la main aux spéculations de la fraude.

41. L'application du principe à la résidence n'est pas sans difficulté. On entend par résidence une habitation de fait ; quand les étrangers sont établis en Belgique à demeure, quoiqu'ils n'y aient pas leur principal établissement, ils y ont une résidence ; sur ce point, il n'y a aucun doute. Si un étranger exerce en Belgique un commerce, une industrie, on peut dire de lui qu'il est résident, bien qu'il ait son domicile dans son pays ; c'est précisément parce qu'il est domicilié dans sa patrie qu'il ne peut avoir en Belgique qu'une simple résidence (1). Mais faut-il un établissement pour que l'étranger soit réputé résident ? La loi ne l'exige pas, elle ne définit pas la résidence, celle-ci est essentiellement de fait. Faut-il que l'habitation ait une certaine durée ? L'affirmative me paraît certaine. On doit donner au mot *résidence*, dans l'article 420 du code de procédure, le sens qu'il a dans le langage ordinaire : on ne dit pas de celui qui n'est en Belgique que passagèrement qu'il n'y a qu'une résidence. Mais combien de temps faut-il que l'habitation ait duré pour que l'étranger soit résident et qu'il puisse être traduit devant les tribunaux du pays qu'il habite ? Il est impossible de répondre à cette question. Tout dépend de l'appréciation du juge, et cette appréciation elle-même dépend de la faveur que le juge accorde à la compétence ; s'il est favorable à la compétence, il se contentera, comme l'a fait la cour de Bruxelles, d'une *certaine résidence* (2). Dans cet ordre d'idées, la résidence sera facilement admise, il n'y aura que les voyageurs, les marchands colporteurs, ou les comédiens ambulants qui soient non résidents (3).

(1) Bruxelles, 19 novembre 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 303) ; 27 avril 1836 (*Pasicrisie*, 1836, p. 89) ; Liége, 14 juillet, 1834 (*Pasicrisie*, 1834, p. 187).
(2) Bruxelles, 2 décembre 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 352).
(3) Gand, 5 janvier 1858 (*Pasicrisie*, p. 195).

La difficulté s'est présentée devant la cour de Bruxelles. Des négociants de Hambourg assignèrent devant le tribunal de commerce d'Anvers le capitaine d'un navire amarré dans le port. Le défendeur opposa une exception d'incompétence qui fut accueillie en premier instance et en appel. Devant la cour, on soutint que le marin est toujours domicilié à son bord. La cour répond que cette présomption n'est établie par aucun texte de loi ; que, fût-il vrai que le domicile du capitaine est à bord de son navire, il n'aurait été établi en Belgique que pendant un laps de temps fort court, passagèrement et sans remplir les conditions exigées pour que le domicile (pour mieux dire, la résidence) soit attributif de juridiction. Quelles sont ces conditions, d'après la cour de Bruxelles? Ce domicile, dit-elle, ne s'acquiert que par une habitation de fait dans un lieu du royaume, librement choisi, avec la volonté de s'y fixer, d'y traiter ses affaires et d'y participer aux charges comme aux avantages de la communauté (1).

La définition est arbitraire, et n'est-elle pas trop restrictive? Il en résulterait que les marins et les capitaines de navire n'ont de résidence nulle part ; cependant, on ne peut pas les assimiler à des vagabonds ; ils sont les agents du commerce international, et leur vocation emporte la nécessité d'un changement continuel de résidence ; pour être moins longue, ce n'en est pas moins une habitation. Dire qu'ils n'ont pas de résidence, c'est aboutir à une conséquence inadmissible en ce qui concerne la distribution de la justice : où assignera-t-on le marin qui est né à bord et qui y est resté toute sa vie ? Il n'a qu'un domicile de droit, celui de ses père et mère ; domicile fictif, qu'il peut être impossible de découvrir, comme il est souvent impossible de déterminer avec certitude le domicile de droit des personnes qui n'ont jamais eu qu'une simple résidence. N'est-ce pas une raison pour s'attacher à l'habitation de fait, quelque courte quelle soit? Des comédiens et des marchands ambulants n'en ont guère d'autre.

(1) Bruxelles, 26 février 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 230).

Cette interprétation est plus en harmonie, me semble-t-il, avec l'esprit de notre jurisprudence que la restriction consacrée par l'arrêt de Bruxelles. La justice et l'ordre public exigent que toute contestation soit vidée là où se trouve la personne du défendeur, à son domicile, s'il est domicilié, ou à sa résidence, ne fût-elle qu'une simple habitation. Dans son remarquable réquisitoire sur la compétence des tribunaux à l'égard des étrangers, le procureur général à la cour de cassation, M. Leclercq, dit que les lois qui établissent les tribunaux intéressent la police et la sûreté ; or, ces lois, aux termes de l'article 3 du code Napoléon, obligent sans distinction aucune tous ceux qui habitent le territoire. Si tout étranger, quelque courte que soit sa résidence, est soumis à ces lois, n'en faut-il pas conclure qu'il est aussi soumis à la juridiction de nos tribunaux, comme il peut, au besoin, l'invoquer?

12. Les questions que je discute ont une grande importance pour les places qui sont, comme Anvers, le siége d'un immense commerce international (1). Un conflit s'est élevé entre les juges consulaires d'Anvers et la cour de Bruxelles. Il est de principe que les tribunaux belges sont compétents pour autoriser et maintenir entre étrangers et au profit d'étrangers des mesures d'un caractère conservatoire, celles-ci appartenant au droit des gens, et étant applicables sans distinction de nationalité. Par application de ce principe, la cour de Bruxelles a décidé que le président d'un tribunal de commerce belge peut autoriser la saisie conservatoire, dans un port belge, d'un navire étranger, bien que le débat doive être jugé en pays étranger ; de plus, que les tribunaux belges sont compétents pour décider que la saisie tiendra état, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le fond par le juge compétent (2).

L'article 417 du code de procédure permet d'assigner de jour à jour, et même d'heure à heure, et en même

(1) J'emprunte les détails dans lesquels je vais entrer à l'excellente notice sur la jurisprudence internationale que mon ami, l'avocat Du Bois, publie dans la *Revue de droit international* de M. Rolin-Jaequemyns, t. IV, p. 151, n°s 8-13.
(2) Bruxelles, 18 juillet 1870 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 160).

temps de saisir les effets mobiliers de l'assigné. En faut-il conclure qu'un navire qui n'est point prêt à faire voile (C. de comm., art. 215) puisse être saisi conservatoirement, en vertu d'une ordonnance du président, par mise à la chaîne ou inhibition à la sortie du port? L'affirmative est de jurisprudence en Belgique; les mises à la chaîne sont fréquentes à Anvers, à Ostende, à Gand.

J'arrive au conflit qui s'est élevé entre le tribunal de commerce d'Anvers et la cour de Bruxelles. Celle-ci, abandonnant sa jurisprudence antérieure, a décidé, en 1872, comme on le fait en France, que les tribunaux belges ne sont institués que pour rendre justice aux Belges; que, par conséquent, ils sont, à moins d'une disposition contraire de la loi, imcompétents pour connaître des contestations que des étrangers pouvaient avoir entre eux. La même cour s'était prononcée déjà en ce sens, en 1870, dans un procès où il s'agissait entre étrangers de droits dits de *mort-gage* (hypothèque) sur un navire de New-York se trouvant au port d'Anvers. Le tribunal de commerce d'Anvers résiste à cette jurisprudence, qu'il considère comme désastreuse pour le commerce maritime. Il répond à la cour de Bruxelles qu'il n'existe aucune loi qui règle la compétence des tribunaux de commerce lorsqu'il s'agit de contestations entre deux étrangers; que chaque jour il s'élève des différends entre étrangers au sujet d'abordages, d'avaries, d'affrétement, d'équipement de navires, de loyers dus aux matelots, d'achats de marchandises et de victuailles. Si tous ces différends échappaient à la compétence des tribunaux belges, le commerce maritime de la Belgique serait lésé au plus haut degré. Le tribunal s'est donc déclaré compétent pour statuer sur une demande en dommages-intérêts, intentée par un capitaine étranger, pour abordage en mer, les deux navires étant entrés au port d'Anvers. Sur l'appel, la cour de Bruxelles a persisté dans sa nouvelle jurisprudence.

43. Je dis que c'est une nouvelle jurisprudence. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à comparer les derniers arrêts avec ceux dont je viens de rendre compte. La jurisprudence de nos cours assimilait les étrangers aux Belges et

leur appliquait les principes de droit commun. Cette doctrine a été confirmée par un arrêt de la cour de cassation rendu sur le réquisitoire de M. Leclercq que j'ai déjà cité. Je vais transcrire les considérants de l'arrêt rédigé par un de nos meilleurs jurisconsultes, M. Defacqz, mort premier président de la cour de cassation.

La cour cite d'abord les articles 59 et 420 du code de procédure, qui soumettent le défendeur, en matière personnelle, à la juridiction des juges de son domicile ou de sa résidence. Ces dispositions ne font aucune différence entre le regnicole et l'étranger. On ne pourrait admettre une exception pour l'étranger que si la faculté d'ester en justice était un droit civil pour l'exercice duquel l'étranger devrait avoir la jouissance des droits civils en Belgique; or, l'article 15 du code Napoléon, en autorisant tout étranger à poursuivre, devant les tribunaux belges, le regnicole qui s'est engagé envers lui, en pays étranger, prouve que le droit d'ester en justice est un droit naturel. La cour écarte ensuite l'objection que l'on puisait dans l'article 14; elle rejette, en conséquence, le pourvoi contre l'arrêt de la cour de Gand qui s'était déclarée compétente pour juger l'action intentée par un Français contre un Français établi en Belgique. L'arrêt n'entre pas dans des considérations sur la nature de la justice et sur la compétence des tribunaux à l'égard des étrangers. Ces considérations avaient été développées avec une grande force par le procureur général. Je rappellerai en deux mots que M. Leclercq nie que les tribunaux ne soient institués que pour les nationaux; il dit que la loi qui les établit a un but plus élevé, le maintien de l'ordre, c'est-à-dire de la justice (1).

Le principe que M. Leclercq a défendu devant la cour de cassation de Bruxelles est en opposition directe avec la doctrine consacrée par la cour de cassation de France. Celle ci pose en règle que les tribunaux ne sont établis que pour les nationaux, d'où suit qu'à l'égard des étrangers ils sont incompétents. Notre cour de cassation, au

(1) Rejet, 12 mars 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 1. 316).

contraire, met les étrangers sur la même ligne que les Belges, et la cour de Bruxelles a appliqué la même doctrine dans de nombreux arrêts. Je n'en citerai que deux, qui sont des décisions de principe. J'ai dit que la justice est un devoir que la société est tenue de remplir sans distinction de nationalité. Ce sont à peu près les termes d'un arrêt de Bruxelles, antérieur à la décision de la cour de cassation : « C'est une dette que les nations se doivent mutuellement (1). » L'administration de la justice, dit la cour, est du droit des gens; tandis que la jurisprudence française dit qu'elle est du droit national. En 1858, un Français poursuivit son débiteur, également Français, qui était venu s'établir à Bruxelles, pour des dettes contractées en France; le défendeur opposait la jurisprudence française, d'après laquelle les tribunaux ne peuvent connaître des contestations entre étrangers pour des obligations contractées à l'étranger. La cour répond : « Le principe contraire est consacré par le droit des gens, qui reconnaît aujourd'hui en Europe, comme une règle de droit commun, nécessitée par le développement de la civilisation et les relations fréquentes des peuples entre eux, que le pouvoir judiciaire d'une nation s'étend sur la personne et sur les biens de l'étranger comme sur la personne et les biens des regnicoles (2). »

Telle était la doctrine constante des cours et tribunaux de Belgique. En 1871, il se fit un revirement, comme il s'en produit parfois dans la jurisprudence. Ce n'est pas sans surprise que je lis dans un arrêt de la même cour, qui avait dit que la justice est une dette que les nations se doivent mutuellement : « Les *tribunaux belges* ne sont *incontestablement* institués que pour rendre la justice aux nationaux; ils sont, dès lors, à moins d'une disposition contraire de la loi, incompétents pour connaître des contestations que des étrangers peuvent avoir entre eux. » C'est la doctrine de la cour de cassation de France reproduite à la lettre. L'arrêt constate ensuite qu'il n'existe

(1) Bruxelles, 20 juillet 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 268).
(2) Bruxelles, 28 avril 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 217).

aucune loi qui soumette à la juridiction des tribunaux belges l'étranger qui est actionné à raison d'obligations contractées en pays étranger envers un étranger. » Notre cour de cassation avait jugé en sens contraire, en déclarant applicables aux étrangers les dispositions générales des articles 59 et 420 du code de procédure, et la cour de Bruxelles avait toujours jugé en ce sens depuis cinquante ans. Sur quoi se fonde-t-elle pour expliquer cette brusque variation? « Si le législateur, dit-elle, avait voulu étendre aux étrangers la juridiction établie pour les nationaux, il s'en serait formellement expliqué; en effet, cette extension eût été une dérogation au principe que les lois d'un pays n'obligent que les regnicoles. » Sur ce point, la cour pourrait bien avoir raison, car il s'agit d'interpréter la législation française, et j'ai dit bien des fois que cette législation est imbue d'un esprit d'hostilité pour les étrangers, qui rappelle la fameuse loi des XII Tables sur l'*étranger ennemi*. Les cours de Belgique l'ont toujours interprétée dans un esprit différent; de là l'opposition radicale, en cette matière, entre la jurisprudence française et la jurisprudence belge. S'il faut interpréter les lois dans l'esprit qui les a dictées, on doit avouer que la jurisprudence étroite et exclusive des cours de France est plus *légale* que la jurisprudence plus large et plus humaine de nos cours.

Ici s'ouvre le conflit entre le tribunal de commerce d'Anvers et la cour de Bruxelles. Je transcris avec bonheur les motifs qui ont inspiré les juges consulaires. Le tribunal constate d'abord que le législateur n'a point tracé de règles positives à suivre par les tribunaux lorsqu'ils sont saisis d'une contestation entre deux étrangers. Dans le silence de la loi positive, que doit faire le juge? Le tribunal invoque le droit des gens, en s'appuyant de l'autorité de Locré. Cette autorité n'est pas très grande; il a emprunté ce qu'il dit du droit des gens au titre préliminaire du code civil, lequel fut retranché comme appartenant à la doctrine plutôt qu'à la législation. Voici les dispositions qu'on y lit : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que

la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes. » « Tout peuple reconnaît un droit *extérieur* ou *des gens,* et il a un droit *intérieur* qui lui est *propre.* » « Le droit *extérieur* ou *des gens* est la réunion des règles qui sont observées par les diverses nations les unes envers les autres. Dans le nombre de ces règles, les unes sont fondées uniquement sur les principes de l'*équité générale;* les autres sont fixées par des usages reçus ou par des traités. Les premières forment le *droit des gens naturel;* les secondes, le droit des gens positif. » « Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un *ministre d'équité.* » De là Locré a conclu que la loi *naturelle* est la base, le supplément et l'interprète des lois qui forment le droit civil. C'est de la théorie, et une théorie contestable. Dans l'espèce, il s'agit de savoir si le juge peut fonder sa compétence sur la loi naturelle que l'on appelle droit des gens. Le tribunal de commerce l'affirme : « Si l'on se place au point de vue du *droit des gens,* il est impossible d'admettre l'incompétence absolue des tribunaux belges en matière de procès entre étrangers; une telle doctrine serait ouvertement hostile aux relations internationales, surtout quand il s'agit de commerce et de navigation. » Le tribunal invoque ensuite l'article 420 du code de procédure et la jurisprudence; et il en induit que dans tous les cas où l'intervention des tribunaux belges est justifiée par les circonstances particulières de la cause, il est de leur devoir de juger les procès nés entre étrangers.

Que répond la cour de Bruxelles? Les règles de compétence procèdent du *droit positif;* c'est donc à tort que le premier juge fait appel aux principes du *droit naturel* et du *droit des gens.* La cour oubliait qu'elle-même avait invoqué le droit des gens. Et, chose singulière, après l'avoir répudié, elle s'y appuie. En effet, que dit le *droit positif* sur la compétence entre étrangers? La cour ne répond pas directement à la question. Elle dit que la *jurisprudence* et la *doctrine* ont *cependant,* en vue de *favoriser* les *relations commerciales,* apporté un *tempérament* à la rigueur de ces principes en admettant la compétence des tribunaux belges quand il s'agit d'une obliga-

tion à laquelle on puisse appliquer l'article 420 du code de procédure (1). Ne pourrait-on pas demander à la cour qui l'autorise à admettre un *tempérament*, c'est-à-dire une *exception* au *principe incontestable* qu'elle pose dans son arrêt, que les tribunaux *ne* sont institués *que* pour *rendre justice* aux *nationaux?* La jurisprudence et la doctrine peuvent-elles déclarer les tribunaux compétents, alors que leur incompétence est certaine? Et si elles le font, n'est-ce pas en vertu de ce *droit des gens* qui fait une nécessité aux sociétés modernes de favoriser les relations commerciales? On voit que la cour est peu conséquente aux principes qu'elle oppose au tribunal de commerce; au milieu de ces inconséquences et de ces difficultés, je préfère le système des juges consulaires, qui avait pour lui la jurisprudence presque unanime, au moment où la cour de Bruxelles s'est mise en opposition avec elle-même pour suivre la jurisprudence également inconséquente de la cour de cassation de France.

44. La lutte continua. Abordage de deux navires, l'un venant d'Anvers, l'autre y allant, dans les eaux hollandaises. Action en dommages-intérêts portée devant le tribunal de commerce d'Anvers. Le défendeur oppose l'incompétence; le tribunal se déclare compétent. Après avoir vivement combattu l'arrêt de Bruxelles que je viens d'analyser, le tribunal constate que, dans l'espèce, les juges du lieu étaient seuls à même d'apprécier la cause de la collision et de juger la question de responsabilité; en effet, les deux navires étaient dans le port d'Anvers, les équipages s'y trouvaient; une expertise avait été faite par des experts nommés par le tribunal. Qui mieux que les juges d'Anvers pouvait apprécier l'importance des avaries, en rechercher les causes, évaluer la durée des réparations et le montant du préjudice résultant du chômage forcé du navire abordé? Si le tribunal d'Anvers était incompétent, le capitaine anglais devait porter sa demande devant le juge du domicile du capitaine italien défendeur. Où était ce domicile? A Buenos-Ayres, ou

(1) Bruxelles, 26 juin 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 8).

dans quelque cité italienne. Y ferait-on venir le vaisseau abordé, et les gens des deux équipages? Cette justice-là ne ressemble-t-elle pas à un déni de justice?

La cour de Bruxelles persista dans sa nouvelle jurisprudence. Elle constate qu'aucune des parties n'avait en Belgique ni domicile, ni résidence. Là était le vrai siége de la difficulté. Ne peut-on, ne doit-on pas considérer comme résidents les capitaines de navires amarrés au port? C'est une résidence temporaire, il est vrai; mais toute résidence n'est-elle pas temporaire? Le navire est pour le capitaine ce que l'établissement de commerce est pour le commerçant : c'est même, pour le capitaine comme pour l'équipage, le principal établissement, donc un domicile; ce domicile change sans doute, mais cela n'est-il pas de l'essence du commerce maritime? La cour écarte l'article 420 du code de procédure, inapplicable à l'espèce : ne fallait-il pas dire qu'il est toujours inapplicable aux étrangers? Elle écarte encore l'article 128 de la Constitution belge qui assure aux étrangers la même protection qu'aux Belges; cependant la cour avoue que cet article implique une *extension* de juridiction, lorsque cela est nécessaire pour que l'étranger soit protégé en Belgique d'une manière efficace; mais elle veut qu'au moins la réclamation procède d'un lien juridique ayant sa source dans un fait posé en Belgique ou s'y rattachant (1). Si l'on demandait de nouveau à la cour qui l'autorisait à faire cette restriction au principe général de l'article 128. En quoi consistait, dans l'espèce, la protection réclamée par le capitaine anglais? A obtenir bonne et rapide justice devant des juges qui, mieux que tout autre tribunal, possédaient les éléments nécessaires pour rendre justice. Etait-ce lui assurer cette protection que de le renvoyer à Buenos-Ayres ou devant un tribunal quelconque d'Italie? Notre Constitution accorde son appui à tout étranger, quelque courte que soit sa résidence; donc tout étranger doit obtenir en Belgique justice quand il la réclame. Vainement la cour dit-elle que les considérations d'équité, de convenances,

(1) Bruxelles, 14 novembre 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 11).

d'intérêt commercial doivent céder devant le droit positif. Oui, s'il y avait une loi positive qui déclarât les tribunaux belges incompétents; mais de loi, il n'y en a pas, tandis qu'il y a une disposition constitutionnelle qui, de l'aveu de la cour, est extensive de la juridiction : ne faudrait-il pas dire plus, qu'elle est attributive de juridiction, car quelle est la protection légale que l'étranger peut réclamer en Belgique si ce n'est celle de la justice?

45. La cour de Bruxelles a persisté dans sa jurisprudence jusqu'à ce que le nouveau code de procédure consacrât l'ancienne doctrine de toutes les cours de Belgique. Je citerai encore le dernier arrêt qui est absolument dans l'ordre d'idées de la jurisprudence française, c'est-à-dire aussi étroit, aussi exclusif, aussi égoïste que notre jurisprudence était large, équitable et cosmopolite. Voici le principe qui sert de point de départ à la cour : « Les lois procédant de la souveraineté nationale ne sont applicables qu'aux regnicoles; ce n'est qu'*exceptionnellement* et dans un intérêt de *police,* ou pour *favoriser les relations commerciales* que l'application en est admise entre étrangers (1). » Je repousse de toutes mes forces ce prétendu principe qui, tel qu'il est formulé, dépasse certainement les intentions de la cour. Est-ce que toutes les lois ne procèdent pas de la souveraineté nationale? Donc aucune loi ne serait applicable aux étrangers. De là suivrait que tous les droits, quels qu'ils soient, seraient réputés civils, et, partant, refusés aux étrangers, de sorte que ceux-ci seraient replacés dans la situation où ils étaient du temps de la loi des XII Tables : étranger deviendrait de nouveau synonyme d'ennemi. Et si tel était le principe, de quel droit la cour y fait-elle exception? Les tribunaux peuvent-ils déroger à des lois qui procèdent de la souveraineté nationale? Ce serait les mettre au-dessus du pouvoir législatif qui est l'organe de cette souveraineté. Les lois de police obligent bien les étrangers, mais où est-il dit qu'ils peuvent les invoquer? En matière criminelle, oui. Mais en matière civile? Quant aux relations commer-

(1) Bruxelles, 28 juillet 1873, *Pasicrisie*, 1873, 2, 339).

ciales, appartient-il aux tribunaux de les favoriser? Si tel est leur droit, pourquoi ne pourraient-ils pas se déclarer compétents dans toutes les affaires où il est de l'intérêt du commerce que le procès soit jugé en Belgique? L'exception emporterait la règle.

La cour de Bruxelles invoque le nouveau projet de code de procédure, comme témoignage que l'ancien refusait toute compétence aux tribunaux belges entre étrangers, au moins dans l'espèce, où il s'agissait d'une demande connexe à une demande principale. A vrai dire, le nouveau code, en ce qui regarde la compétence entre étrangers, s'est inspiré de l'ancienne jurisprudence des cours de Belgique, laquelle mettait les étrangers sur la même ligne que les indigènes et appliquait les mêmes règles aux uns et aux autres. Toutefois cette égalité ne suffit point pour tarir la source des difficultés que présente la compétence des tribunaux belges entre étrangers. J'ai dit que la vraie cause du conflit qui s'est élevé entre le tribunal de commerce d'Anvers et la cour de Bruxelles était la question de savoir ce qu'il faut entendre par domicile et résidence. Sous ce rapport, il y a une différence entre les Belges et les étrangers. Les nationaux ont nécessairement un domicile dans leur pays; et si ce domicile est inconnu, la résidence en tient lieu. Si l'on applique cette règle aux étrangers, il faudra en conclure que les étrangers qui n'ont en Belgique qu'une simple résidence devront, en matière personnelle, être traduits devant les tribunaux de leur pays; ce qui fera renaître toutes les difficultés et les conflits que je viens de signaler. Si l'on veut qu'il y ait réellement égalité entre les nationaux et les étrangers, il faut se contenter, pour les étrangers, de la simple résidence, fût-elle temporaire. Les étrangers n'ont jamais cette fixité de domicile qu'ont les nationaux. Ceux-ci sont attachés presque toujours pour toute leur vie aux lieux où ils ont vu le jour; tandis que les étrangers, fussent-ils domiciliés, conservent régulièrement l'esprit de retour; et leur résidence est surtout temporaire, au lieu que la résidence des nationaux est généralement aussi stable que leur domicile. En interprétant ainsi la

loi de compétence, les tribunaux s'inspireront de l'esprit de notre Constitution, et ils assureront aux étrangers l'appui de la justice que notre loi fondamentale a entendu accorder à tous ceux qui se trouvent sur le territoire belge.

IV. Des questions d'état.

46. On lit dans les arrêts, et les auteurs enseignent que les tribunaux sont incompétents pour connaître des questions d'état qui concernent les étrangers. Ainsi formulée, cette règle ne repose sur aucune loi, et elle est en opposition avec les vrais principes. Demandons d'abord aux auteurs quel est le sens de cette prétendue règle, et quel en est le fondement.

« Il est certain, dit Massé, que les tribunaux français sont incompétents pour connaître de l'état des étrangers, et spécialement de la demande en séparation de corps entre étrangers, si ceux-ci ne sont pas autorisés à établir leur domicile en France, à moins que les époux n'y consentent. En effet, lors même que le mariage aurait été contracté en France et que les époux y résideraient de fait, les juges du domicile de droit seraient seuls compétents pour connaître de leur état de famille et du maintien du lien conjugal *qui n'ont pas cessé d'être régis par le statut personnel* (1). » Ainsi formulée, cette incompétence est un tissu de contradictions et d'hérésies juridiques. Massé appuie sa doctrine sur la jurisprudence, je reviendrai sur les arrêts ; pour le moment, j'examine la question de principe, et je demande pourquoi les tribunaux français seraient incompétents à raison de la nature de la contestation, quand elle porte sur l'état des étrangers.

Massé ne donne qu'une raison, c'est que l'état dépend du statut personnel ; or le statut de l'étranger en France est régi par sa loi nationale, de même que le statut personnel des Français en pays étranger est régi par la loi française (C. Nap., art. 3). Cela veut bien dire

(1) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 576, nº 667, de la 2e édition.

que les tribunaux français sont incompétents pour décider les questions d'état, c'est-à-dire de capacité ou d'incapacité de l'étranger. C'est confondre le statut personnel avec la compétence. Le statut détermine la loi d'après laquelle un litige doit être jugé, mais il ne détermine pas le juge qui doit le décider. Un néerlandais, mineur d'après la loi de son pays, contracte en France ; il demande la nullité de cet engagement. C'est une question de statut, en ce sens que la décision dépend de la loi nationale de l'étranger. Est-ce à dire que le procès sera aussi de la compétence des tribunaux étrangers? Non, certes ; si les tribunaux étrangers étaient *seuls compétents* pour décider quel est l'état de l'étranger, il n'y aurait jamais eu de débat sur la personnalité des statuts ; car il est bien évident qu'un tribunal néerlandais appelé à juger si un Néerlandais est mineur et, à ce titre, incapable, jugera nécessairement d'après le code néerlandais. C'est parce qu'on suppose que le procès est porté devant un tribunal français, qu'il s'élève un doute : le juge décidera-t-il d'après la loi française ou d'après le code des Pays-Bas? L'article 3 du code Napoléon pose en principe que l'état dépend du statut personnel, par conséquent de la loi étrangère qui règle ce statut. Mais l'article 3 dit-il aussi que le tribunal étranger est seul compétent pour juger la contestation qui doit être décidée par la loi étrangère? Non, certes, et du statut on ne peut pas conclure à la compétence. Celle-ci est réglée par la loi française ; or l'article 15 déclare les tribunaux français compétents quand l'étranger est demandeur contre un Français ; et la jurisprudence belge admet la compétence des tribunaux belges, entre étrangers, dès que le défendeur a son domicile ou sa résidence en Belgique ; tous les jours, nos tribunaux prononcent la séparation de corps entre étrangers. Y a-t-il une raison pour que les tribunaux français ou belges, saisis d'une question d'état concernant un étranger, renvoient la cause devant le tribunal national de l'étranger? Je n'en vois aucune, en théorie. Le tribunal doit appliquer la loi qui régit le fait juridique dont il est saisi. C'est la base du droit civil international. Étant compétent à raison de la matière, on ne

voit pas pourquoi le tribunal se déclarerait incompétent à raison de la question d'état.

Asser répond à cette question. C'est qu'il est très difficile aux tribunaux nationaux d'apprécier l'état et la capacité d'un étranger, la décision dépendant de l'interprétation de lois étrangères, que les tribunaux connaissent imparfaitement, et sur le sens desquelles ils peuvent se tromper. Le seul moyen d'assurer une bonne justice, c'est d'attribuer la connaissance de chaque contestation au juge établi par la loi d'après laquelle le litige doit être décidé. Il convient donc de renvoyer au juge étranger la connaissance des procès sur l'état des personnes quand c'est par la loi étrangère que le procès doit être jugé (1). En apparence, cela paraît très logique, mais, en réalité, cette justice parfaite équivaudrait souvent à un déni de justice. Massé suppose une demande en séparation de corps; on a nié, comme je vais le dire, que cette action concernât l'état : est-ce que la femme, séparée de corps, ne devient pas capable, dans une certaine mesure, d'incapable qu'elle était? On n'a pas encore nié que le divorce soulève une question d'état; il rompt le mariage, et le mariage ne détermine-t-il pas l'état de la femme et des enfants? Eh bien, une demande en divorce est portée par un étranger contre un étranger, devant un tribunal de Belgique : est-il vrai qu'il faille renvoyer les parties devant le juge de leur domicile, c'est-à-dire devant le juge étranger, pour avoir la garantie d'une bonne justice? C'est le contraire qui est vrai. Quelles sont les difficultés auxquelles donne lieu une demande en divorce? La question de droit est de savoir si les époux peuvent divorcer : cette question, qui dépend de leur statut personnel, est, en général, très facile à résoudre. Et fût-elle difficile, comme le cas s'est présenté, je ne vois pas que la difficulté de juger permette, en principe, au juge de se déclarer incompétent. La vraie difficulté, en cas de divorce, comme en cas de séparation de corps, gît en fait; or, je le demande : le juge étranger sera-t-il plus à même d'apprécier des faits qui se sont

(1) Asser, *Schets van het internationaal privaatregt*, p. 105.

passés à 500 lieues de chez lui, ou sera-ce le juge local? c'est le juge étranger, il faudra faire venir les témoins 500 lieues. Cela s'appelle-t-il rendre la meilleure justic

J'ai dit que le système de la jurisprudence, résumé p Massé, est contradictoire et erroné. L'incompétence, elle tenait à la nature des questions d'état, devrait ét absolue, comme toute incompétence à raison de la m tière. Il n'en est rien. D'abord les tribunaux français d viennent compétents si l'étranger est domicilié en Fran avec autorisation du gouvernement; il a alors un domici légal, dans la doctrine française, et il a la jouissance d droits civils en France (art. 13); mais qu'est-ce que ce a de commun avec le statut personnel de l'étranger avec la conséquence que l'on en déduit? L'étranger co serve son statut personnel, donc son état dépend de la étrangère, et partant la difficulté pour le juge sera même; elle vient, non de la nationalité des parties, ni la jouissance des droits civils, elle vient de ce qu'il do appliquer une loi étrangère dont il n'a qu'une connai sance imparfaite. On admet encore une exception à l'i compétence quand l'étranger consent à être jugé par l tribunaux français. J'appelle cela une hérésie juridiqu est-ce que le consentement peut rendre compétent le ju qui est incompétent à raison de la matière, laquelle e d'ordre public? Et ce consentement empêchera-t-il le ju d'être incompétent de fait, comme on le prétend, à rais de son ignorance des lois étrangères?

47. Rocco, l'excellent jurisconsulte napolitain, ense gne aussi que les questions d'état doivent être portées d vant le tribunal du domicile du défendeur ; mais sa rais de décider n'est pas la même. Il établit comme princi que le défendeur, quelle que soit sa nationalité, doit êt assigné devant le juge de son domicile, lequel est son ju naturel. Le principe s'applique aux questions d'état; po ces contestations, il y a un motif de plus de mainten strictement la compétence du tribunal du domicile, par que d'ordinaire elles se compliquent de difficultés de fa que le juge du domicile peut mieux apprécier que tout a tre; la connaissance des faits s'altère par l'éloignement,

juge risquerait donc de mal apprécier les éléments du débat, et partant de mal juger. Cette considération n'est pas sans importance, mais ne s'applique-t-elle pas à la résidence plutôt qu'au domicile?

Dans l'application du principe, Rocco distingue. Si l'objet principal de l'action concerne l'état, la demande doit être portée devant le tribunal du domicile : telle serait une action en désaveu, en contestation de légitimité, ou en réclamation d'état. Mais si la question d'état se présente incidemment dans un procès qui a pour objet des biens, le juge saisi de la demande principale sera compétent pour connaître de l'état réclamé ou contesté. J'intente une action en pétition d'hérédité; on conteste ma légitimité et par conséquent mon droit à la succession. Le tribunal compétent pour l'action principale le sera aussi pour décider la question d'état; en effet, il doit juger à qui appartient l'hérédité, et il ne le peut qu'en décidant la question de légitimité. On voit que Rocco n'établit aucune compétence exceptionnelle pour les questions d'état; il les soumet au droit commun; c'est en vertu du droit commun qu'il en attribue la connaissance au tribunal du domicile (1). C'est le vrai principe. Il n'y a rien de particulier dans les actions qui concernent l'état, elles doivent donc rester sous l'empire de la règle générale. Rocco ne dit rien de la difficulté que peut trouver le juge à connaître les lois étrangères; cette même difficulté existe dans d'autres procès : est-ce une raison d'en attribuer la connaissance à d'autres juges que ceux du domicile ou de la résidence? Telles sont les nombreuses contestations qui s'élèvent sur l'application du principe *Locus regit actum;* dans l'opinion généralement suivie, on l'applique non seulement aux formes extrinsèques ou instrumentaires, mais encore à ce qu'on appelle improprement formes intrinsèques, c'est-à-dire aux conditions requises pour la validité du fait juridique, et on décide, en conséquence, que c'est la loi locale qui gouverne l'acte, quelle que soit la nationalité

(1) Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi del regno delle due Sicilie*, p. 221 et suiv.

ou quel que soit le domicile des parties intéressées. Est-ce que ces nombreuses contestations devront être renvoyées aux tribunaux étrangers, parce que c'est la loi étrangère qui doit recevoir son application? Il faut dire, avec Rocco, que l'on doit appliquer le droit commun, sans prendre en considération la loi qui régit le débat.

48. J'arrive à la jurisprudence. Elle ne brille pas par la précision des principes, et j'ai plus d'une fois été dans le cas de remarquer que la connaissance des principes les plus élémentaires du droit civil international manque aux magistrats. Ce n'est pas un reproche : comment sauraient-ils ce qu'on ne leur a jamais enseigné? Je commence par la jurisprudence des cours de Belgique, parce que nos cours suivent, sur la compétence à l'égard des étrangers, des principes bien plus larges, je dirais volontiers plus humains que les cours de France. Elles se déclarent généralement compétentes entre étrangers; reste à voir si cette compétence est maintenue quand il s'agit de questions d'état, ou si elle reçoit une exception à raison de la nature spéciale de ces actions. Cela a été soutenu devant la cour de Bruxelles, et décidé implicitement dans le sens de l'incompétence.

Un Français épouse une femme belge; après quelques années de mariage, la femme demande la séparation de corps. Le mari invoque la réconciliation; le tribunal de première instance l'ayant rejetée, le défendeur opposa en appel l'incompétence, fondée d'abord sur sa qualité d'étranger, la contestation élevée entre étrangers n'étant pas de la compétence des tribunaux belges, or la femme était devenue Française par son mariage; de plus, la demande en séparation de corps concernant l'état des personnes, les tribunaux français étaient seuls compétents aux termes de l'article 3 du code Napoléon, pour connaître de l'action entre époux français. La cour de Bruxelles rejeta les deux causes d'incompétence alléguées par le mari : la première, parce que les époux, mariés en Belgique, y avaient établi leur principale résidence, et à ce titre étaient justiciables des tribunaux belges; la seconde, parce que l'action en séparation de corps ne constitue pas

une action d'état proprement dite (1). La cour était donc d'accord avec l'appelant, elle admettait avec lui que les tribunaux belges étaient incompétents pour décider une question d'état entre Français; si elle n'appliqua pas le principe à l'espèce, c'est que, à son avis, la séparation de corps ne concernait pas l'état des époux. Et elle le décida ainsi en vertu de l'article 3 du code Napoléon. Que dit cet article? « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger. » Dans l'espèce les époux français étaient régis par la loi française. Si le code Napoléon n'admettait pas la séparation de corps, ils n'auraient pu la demander en Belgique; ils ne pouvaient pas demander le divorce, puisque le divorce est aboli en France. Quant à la séparation de corps, la loi française est la nôtre; donc l'article 3 du code civil était hors de cause. Il n'est pas dit un mot, dans cette disposition, de la compétence; donc la compétence reste, pour les questions d'état, soumise au droit commun. La cour, en décidant implicitement que les tribunaux belges sont incompétents pour connaître d'une question d'état entre Français, confond le statut personnel, réglé par l'article 3, avec la compétence. L'article 3 oblige les tribunaux belges, en supposant qu'ils soient compétents, à juger les parties françaises d'après les lois françaises : voilà tout ce que dit l'article 3. Il ne décide pas une question de compétence, parce qu'il n'a point pour objet de régler la compétence; celle-ci reste donc soumise au droit commun. D'autre part, on ne peut pas dire que les questions d'état devant être décidées d'après la loi française, il en faut conclure que les tribunaux français sont seuls compétents pour en connaître : aucune loi, ni française ni belge, n'établit ce principe, que la compétence est réglée par la loi que le tribunal aurait à appliquer.

Même confusion dans un arrêt de la cour de Bruxelles du 13 mai 1830. Un Italien s'établit, en 1826, à Bruxelles, où il tenait un magasin de médailles, pierres fines et autres choses précieuses. La femme forma, en 1830, devant

(1) Bruxelles, 5 mai 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 167).

le tribunal de Bruxelles, une action en séparation de corps pour excès, sévices et injures graves. Le défendeur soutint que les tribunaux belges étaient incompétents. Il disait que les lois concernant l'état et la capacité régissent les personnes partout où elles se trouvent (C. Nap., art. 3); que, partant, il était régi, quant à son état, par sa loi personnelle, la loi italienne; il en concluait que les tribunaux italiens étaient seuls compétents dans l'espèce. La cour maintint la compétence des tribunaux belges, par la raison que la séparation de corps ne change pas l'état des époux, puisqu'ils ne perdent pas l'état de gens mariés; d'où suit que la demande en séparation de corps n'a point pour objet une question d'état proprement dite, dont les tribunaux belges ne pourraient connaître en vertu de l'article 3 du code civil. Toujours la même confusion entre le statut étranger qui régit l'étranger, quant à son état et à sa capacité, et la compétence des tribunaux appelés à décider une contestation entre étrangers. Et aussi la même erreur quant à la nature de la séparation de corps; ce n'est pas sans raison qu'on l'appelle le divorce des catholiques, elle rompt la vie commune, qui est de l'essence du mariage, elle modifie donc l'état des deux époux, et elle rend à la femme une capacité qu'elle avait perdue par le mariage, donc elle concerne l'état et la capacité des époux. Partant, la cour, d'après le principe qu'elle établit, aurait dû se déclarer incompétente. Mais le bon sens du juge l'emporte sur l'erreur de droit où il verse. La cour ajoute un excellent motif pour se déclarer compétente : l'appelant était établi en Belgique, il y avait même son domicile, puisqu'il y avait son principal établissement; dès lors il fallait lui appliquer le droit commun qui détermine la compétence par le domicile (1). La cour aurait pu ajouter que c'eût été une singulière justice, dans l'espèce, que de renvoyer la femme devant un tribunal italien, qui aurait aussi pu se déclarer incompétent en invoquant la règle traditionnelle qui attache le statut au domicile; or le mari était domicilié en Belgique, donc son statut personnel était la

(1) Bruxelles, 13 mai 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 124).

loi belge. Ainsi la femme aurait été renvoyée à un tribunal italien par une cour de Belgique, et elle aurait été renvoyée devant un tribunal belge par une cour d'Italie. Voilà bien le déni de justice, dans une matière qui concerne la police et l'ordre public! La femme serait forcée légalement à subir les excès et les sévices de son mari, sans pouvoir obtenir la séparation, ni en Belgique, ni en Italie.

49. La même confusion se trouve dans la jurisprudence française; mais elle y est moins apparente. D'après la doctrine de la cour de cassation, les tribunaux français sont incompétents entre étrangers, quel que soit l'objet du litige; dès lors peu importe que la question portée devant un tribunal de France concerne l'état et la capacité d'un étranger ; le motif d'incompétence, quand le tribunal l'admet, vient seulement s'ajouter à un motif plus général et péremptoire, c'est que le tribunal ne peut connaître d'une contestation entre étrangers. La cour d'Alger fut saisie d'une action en contestation de légitimité, question d'état par excellence. La demande soulevait encore une autre question d'état, celle de la validité du mariage, quant à la forme; il avait été contracté à Alger, devant le curé de la paroisse, entre Maltais; le mariage était donc nul pour n'avoir pas été célébré devant l'officier de l'état civil. Malgré cette violation d'une loi française, essentiellement d'ordre public, la cour d'Alger se déclara incompétente. La cour invoque les principes du droit international privé. Les questions de validité du mariage et de légitimité dépendent du statut personnel; or il est de principe que les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes les suivent partout où elles se trouvent; ces lois sont un attribut essentiel de la *souveraineté*, et les tribunaux de la nation dont elles émanent sont seuls compétents pour connaître de leur exécution. Cette décision érige la confusion en système. Dès qu'il s'agit d'un statut personnel, les tribunaux français sont incompétents, parce que ce statut est un attribut essentiel de la souveraineté étrangère, ce qui implique que les tribunaux français entreprendraient sur la souveraineté étrangère en connaissant du statut personnel. La confusion est pire que celle

que je viens de signaler dans les arrêts de la cour de Bruxelles : la cour d'Alger ne confond pas seulement le statut personnel et la compétence, elle dénature encore le statut personnel en le considérant comme un acte de souveraineté, comme si toutes les lois n'étaient pas des actes de la puissance souveraine. Enfin, elle se déclare incompétente, par respect pour la souveraineté étrangère, comme si c'était blesser cette souveraineté que d'appliquer les lois qui en émanent; la souveraineté française, dans cet ordre d'idées, aurait plutôt le droit de se plaindre si l'on appliquait la loi étrangère; les anciens réalistes auraient dit qu'il y avait là un empiétement sur la souveraineté territoriale, qui est seule maîtresse chez elle; mais reconnaître les lois d'un souverain étranger, ce n'est certes pas blesser sa puissance.

Chose singulière! Le pourvoi ne protesta pas contre ces étranges erreurs, il semblait donc les partager; il s'attacha uniquement à la question de forme, qui était régie par la loi française, bien que les parties fussent étrangères. La chambre des requêtes prononça un arrêt de rejet, au rapport de Hardouin, un excellent jurisconsulte. Elle ne dit pas un mot de la théorie des statuts personnels imaginée par la cour d'Alger; pas un mot de l'article 3 et des questions d'état; elle décide la difficulté par le principe qui, d'après la jurisprudence française, déclare les tribunaux français incompétents entre étrangers. De quoi s'agissait-il dans l'espèce? La demande portée devant la cour d'Alger avait pour but de faire décider si les enfants nés d'un mariage célébré par le curé de la paroisse étaient légitimes; de là dépendaient les droits que les enfants prétendaient exercer sur la succession de leur père. Cette action est purement personnelle; or les demandeurs et les défendeurs étant étrangers, aucune loi n'obligeait un tribunal français à juger des parties qui n'étaient pas ses justiciables. La conclusion est que la cour, en se déclarant incompétente, s'était conformée aux principes de la matière (1), c'est-à-dire qu'elle avait bien jugé au fond, au

(1) Rejet, 26 juillet 1852 (Dalloz, 1852, I, 249).

point de vue de la jurisprudence française ; tout en donnant des motifs que la cour de cassation n'approuvait certes pas, puisqu'elle n'en faisait pas même mention. La décision de la chambre des requêtes applique le droit commun. C'est la théorie de Rocco, et c'est la bonne, en ce qui concerne la compétence en matière d'état ; il est inutile d'ajouter que je n'admets pas la jurisprudence française, en ce qui concerne l'incompétence des tribunaux français à l'égard des étrangers, puisque je n'écris cette Etude si longue que pour combattre cette jurisprudence.

50. La cour de Douai a décidé que l'Etat était non recevable à provoquer la déclaration d'absence d'un étranger qui possédait des biens en France, biens qui appartenaient à l'État, en cas de décès du propriétaire sans héritier, et dont, par conséquent, l'administration des domaines était intéressée à obtenir la possession et la gestion, en vertu de l'envoi en possession provisoire. A la rigueur, la cour aurait même dû se déclarer incompétente, puisque l'absent n'avait pas de domicile en France. Mais, tout en se déclarant compétente, la cour rejeta la demande, parce que la déclaration d'absence soulevait une question d'état ; elle influe d'une manière considérable, dit la cour, sur le sort des époux, sur celui de la communauté, sur celui des enfants, et par suite sur l'autorité maritale et sur la puissance paternelle. Tout cela pourrait être contesté ; j'y reviendrai. Pour le moment j'admets, avec la cour, que l'absence touche à l'état des personnes et modifie cet état. La cour en conclut que les dispositions du code ne peuvent être appliquées à l'étranger : faite pour les nationaux, la loi française n'a pas eu en vue l'étranger. Donc il n'y a pas lieu à déclarer l'absence et à envoyer l'Etat en possession des biens (1). Je crois que l'arrêt est mal rendu à tous égards. Les mesures que la loi prescrit en cas d'absence ont, avant tout, pour objet de protéger l'absent en sauvegardant ses droits et ses intérêts : est-ce que l'Etat, où il possède des biens, n'a pas le droit et le devoir de veiller à leur conservation ? Dans le sys-

(1) Douai, 2 août 1854 (Dalloz, 1855, 2, 4).

tème de la cour de Douai, les biens appartenant à l'absent seront occupés par le premier venu : est-ce que cette usurpation et les conflits qui en pourraient résulter, n'intéressent pas le bon ordre, la tranquillité publique, la police? et les étrangers ne sont-ils pas soumis à ces lois, comme ils doivent en profiter? Les biens resteront-ils vacants? C'est une diminution de la richesse publique, et un des motifs pour lesquels la loi a organisé l'envoi en possession. Toutes ces considérations justifient l'intervention des tribunaux français, puisqu'il s'agit de biens situés en France. Viennent ensuite les droits des héritiers et successeurs mineurs. Toutes les probabilités étaient pour le décès, dans l'espèce, car l'absence durait depuis trente ans; or si l'étranger était mort, la succession se serait ouverte en France, et elle aurait été régie, quant aux immeubles, par la loi française. N'en doit-il pas être de même de l'envoi en possession qui imite la succession? Celui qui poursuit la déclaration d'absence doit faire des publications à l'étranger; la publicité préviendra les parents, s'il y en a. Cette intervention de la justice française ne vaut-elle pas mieux que son inaction qui compromet tous les droits et tous les intérêts? Et tout cela par la raison, bonne ou mauvaise, qu'il s'agit d'une question d'état? Il fallait dire, avec le jurisconsulte napolitain Rocco (n° 37), que la demande principale ne concerne pas l'état; elle était analogue à une pétition d'hérédité, donc de la compétence des tribunaux français, et elle aurait dû être accueillie, malgré les conséquences qui en découlent, et quand même elles modifieraient l'état.

51. On voit à quelles aberrations conduit la fausse doctrine des questions d'état. Il faut donc y insister, pour la ruiner, et l'écarter de notre science ainsi que de la jurisprudence. La tutelle tient au statut personnel; cela ne saurait être contesté. En faut-il conclure, avec la cour de Bastia, que les tribunaux français sont incompétents en tout ce qui concerne le mineur étranger? Dans l'espèce, le mineur était décédé en France, mais il était de nationalité italienne, et il avait conservé son domicile en Italie. La cour en induit l'incompétence de la justice française :

« D'après les principes généraux du droit international, dit la cour, tout ce qui tient aux tutelles dépend du statut personnel, lequel statut suit en tous lieux la personne, et continue de la régir, même en pays étranger. Par une conséquence naturelle, toutes les questions qui se rattachent à ce statut ne peuvent être soumises qu'aux tribunaux du pays où il est en vigueur et dans lequel le mineur a conservé son domicile. » Sans doute la tutelle doit être organisée d'après les lois de chaque pays : c'est là le sens du statut personnel. Mais de là ne suit pas la compétence exclusive des tribunaux nationaux pour tout ce qui concerne la tutelle. Le tuteur peut être Français, quoique le mineur soit Italien; il sera justiciable des tribunaux de France, et il pourra être poursuivi devant ses tribunaux, qui sont ses juges naturels, en reddition de compte. Pour déterminer les obligations et les conséquences qui résultent de leur inexécution, le tribunal français devra appliquer la loi qui a organisé la tutelle, c'est-à-dire la loi du mineur. Voilà encore un effet du statut personnel, qui se concilie parfaitement avec la compétence de la justice française. Ici la cour de Bastia nous arrête : « Comment les tribunaux français pourront-ils juger des questions dépendantes d'une tutelle organisée d'après les lois d'Italie? Comment appliqueront-ils des lois qui leur sont probablement inconnues et qui n'ont rien d'obligatoire en France? » J'ai répondu ailleurs à ces objections qui ne sont que des difficultés de fait (1). Le juge doit toujours juger d'après la loi qui gouverne le débat; peu importe que ce soit une loi étrangère ou une loi française. Si, d'après la nature de la contestation, elle doit être décidée par une loi étrangère, la partie intéressée qui demande justice doit éclairer le juge sur la loi qui devra recevoir son application, et le juge, de son côté, sera obligé de faire des recherches : quelque grandes que soient les difficultés qu'il rencontrera, ce n'est point là un motif juridique pour décliner sa compétence; le juge ne peut se soustraire au devoir qui lui incombe de juger, sous prétexte de l'obscurité

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, nos 262-272.

de la loi : cette disposition du code Napoléon (art. 4) est applicable dans tous les cas où le juge est légalement saisi, quels que soient les justiciables, et quelle que soit la loi qui régit le litige. Refuser de juger, alors que le juge doit connaître de l'affaire, est un déni de justice.

La cour de Bastia, tout en se déclarant incompétente, s'arrête devant les conséquences extrêmes qui découlent de l'incompétence. Elle admet que les tribunaux peuvent prescrire des mesures urgentes, accidentelles et provisoires, pour ne pas laisser un instant sans protection les intérêts du mineur; mais elle ne veut pas que ces décisions aient un caractère définitif (1). La cour de cassation de France a consacré le droit de prescrire des mesures conservatoires dans l'intérêt des mineurs. Dans l'espèce, le premier juge avait ordonné qu'il serait fait emploi, en rentes, des fonds provenant des successions échues à une mineure, et que l'inscription resterait entre les mains d'un notaire, pour en percevoir les arrérages et pour les employer aux besoins de la pupille jusqu'à sa majorité. Cette mesure n'est-elle pas définitive? L'éducation du mineur, et l'emploi de ses biens pour couvrir les frais d'entretien et d'instruction ne constituent-ils pas toute la tutelle? Le tribunal français qui ordonne ces mesures de protection et de conservation des biens, de leur emploi dans l'intérêt du mineur, organise en réalité une tutelle : ne serait-il pas plus légal d'appliquer la loi personnelle du mineur étranger? La jurisprudence française, en permettant aux tribunaux de prescrire des mesures de protection et de conservation, leur donne un pouvoir arbitraire; ils ne violent aucune loi, dit la cour de cassation (2). Cela veut dire qu'il n'y a pas lieu de casser des jugements qui n'ont violé aucune loi française : j'ai rapporté ailleurs la jurisprudence française concernant cette question (3). Mais, par contre, les tribunaux violent le statut personnel du mineur étranger en se mettant en lieu et place de la loi étrangère qu'ils devraient appliquer, en vertu du principe consacré implici-

(1) Bastia, 8 décembre 1863 (Dalloz, 1864, 2, 1).
(2) Rejet, Chambre civile, 25 août 1847 (Dalloz, 1847, 1, 273).
(3) Voyez le t. II de ces Etudes, n°s 273-283.

tement par l'article 3, que le statut personnel de l'étranger le suit en France, ce qui veut bien dire que les tribunaux français doivent appliquer ce statut.

52. Par application de la doctrine de l'incompétence, la cour de Douai s'est déclarée incompétente, pour condamner le tuteur au payement d'une somme de 3,000 francs constituant le solde d'un compte de tutelle. Dans l'espèce, ce compte avait été rendu, le solde arrêté; il y avait un titre, par lequel le tuteur se reconnaissait débiteur du reliquat de 3,000 francs. Pourquoi la cour, dans ces circonstances, s'est-elle déclarée incompétente? « La tutelle s'était ouverte en pays étranger, le tuteur et le subrogé tuteur avaient été nommés en pays étranger. » Quel était ce pays étranger? La Chine ou le Japon? Le tribunal de Valenciennes était saisi d'un différend où figuraient des Belges : « Les deux parties sont Belges, dit la cour, aucune d'elles n'a obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France. » Qu'est-ce à dire? Cette autorisation confère la jouissance des droits civils à l'étranger : est-ce que le droit de demander le payement d'un compte arrêté est un droit civil qu'un étranger ne peut exercer en France? L'étranger est donc exclu du plus naturel des droits, de celui d'obtenir justice. C'est que, dit la cour, « l'acte qui fixe le solde de compte a été passé en pays étranger; la validité et le règlement de ce compte ne peuvent être appréciés que d'après les lois étrangères. » La cour oubliait que ces lois *étrangères* étaient des lois *françaises*, le code Napoléon régissant la Belgique en 1844, comme il régissait la France. Que dire de la conclusion? « Le tribunal de Valenciennes est incompétent pour connaître de la demande formée par un étranger résidant à Valenciennes contre un autre étranger : la cause doit être portée devant la juridiction étrangère. » La cour termine par une erreur de droit, c'est que le demandeur, qui avait une longue résidence en France, ne pouvait, quelque longue qu'elle fût, y acquérir un domicile légal, qu'en vertu d'une autorisation du roi (1). Je renvoie à ce que j'ai dit ici même sur

(1) Douai, 12 juillet 1844 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil* n° 308, 1°).

l'article 13, qui est clair comme la lumière du jour, et que l'on parvient cependant à interpréter contre l'étranger. En entendant à chaque ligne retentir ce dur nom d'étranger, dans un arrêt où figurent des Belges, devant une cour dont les justiciables étaient Belges jadis, et dans une cause où il s'agissait d'appliquer le code Napoléon, on se croirait transporté à vingt-cinq siècles en arrière, à une époque où la loi des XII Tables déclarait l'étranger sans droit parce qu'il était ennemi.

53. On se récriera contre la comparaison, qui revient toujours dans cette Etude, entre la jurisprudence française du dix-neuvième siècle, et la législation d'un peuple barbare qui voyait un ennemi dans tout étranger. Je comprends la susceptibilité nationale; mais j'écris sur le droit, et je cite mes témoignages : qu'on les discute et qu'on les combatte! Pour mieux dire, que l'on en tienne compte pour modifier la législation napoléonienne, qui n'est pas la législation française, puisqu'elle fut imposée à la France par des coups d'Etat. Je continue à produire mes autorités, et je les puise dans les décisions judiciaires. La cour de Paris pose le principe suivant, qui justifie la comparaison que je viens de reproduire : « Quand la contestation porte sur le *droit des personnes,* tel que peut le déterminer le *statut personnel étranger*, sans application à un *intérêt né en France*, il *convient* à la justice française de se déclarer incompétente (1). » Ainsi il faut un *intérêt français* pour que les tribunaux de France se déclarent compétents dans une contestation qui porte sur un statut personnel, c'est-à-dire dans laquelle un étranger est en cause. Je croyais que la justice internationale était un devoir, une dette dont les peuples sont tenus entre eux, comme le dit la cour de Bruxelles (n° 4); je croyais que la justice est un droit qui ne connaît pas de frontière et qui appartient partout à tout homme parce qu'il est homme. Je me suis trompé, la justice est un intérêt. Or, la France n'a aucun intérêt à ce que les tribunaux jugent les contestations où figurent des étrangers, des mineurs

(1) Paris, 7 mai 1875 (Dalloz, 1876, 2, 137).

par exemple, dont il faudrait apprécier l'état et la capacité d'après les lois étrangères, et dès qu'il n'y a pas d'*intérêt français*, il *convient* à la justice *française* de déclarer que le droit entre étrangers ne la regarde pas. Prise au pied de la lettre, et dans toutes ses conséquences, cette déclaration d'incompétence ne procède-t-elle pas de la barbarie antique gravée sur la loi des XII Tables. Pas de droit, pas de justice pour l'étranger!

La cour de cassation de France, il est vrai, n'a jamais consacré l'incompétence absolue des tribunaux français à raison du statut personnel. Mais l'étranger n'en est pas moins éconduit : si les tribunaux de France ne sont pas incompétents à raison de la matière, ils le sont à raison de la personne. Ce qui, en définitive, est assez indifférent aux étrangers : qu'ils soient exclus parce qu'il s'agit d'une question d'état, ou parce qu'ils sont étrangers, que leur importe? Dans une affaire qui a été portée devant la chambre civile, la cour commence par constater que les parties sont étrangères. Puis elle établit que l'objet de la demande était une action en réclamation d'état. Quelle en est la conséquence? C'est que les tribunaux français sont incompétents. La cour ne dit point et l'arrêt attaqué ne disait pas non plus que l'incompétence résultait de la matière, c'est-à-dire que les tribunaux français sont incompétents par cela seul que le débat porte sur une question d'état; mais la cour d'Orléans avait décidé que l'action en réclamation d'état constitue une action pure personnelle, puisque l'état des personnes est toujours régi par le statut personnel, qui est la loi ou la coutume du domicile : de là suit, dit-elle, que l'action doit être portée devant les tribunaux du pays du défendeur (1). Cela est assez indifférent aux étrangers; à tous les degrés de juridiction, on les avait exclus comme étrangers. La cour de cassation confirme : non parce qu'il s'agissait d'une question d'état, mais par application des principes généraux. Cela est plus juridique, mais pour les étrangers le résultat est le même.

(1) Rejet, Chambre civile, 14 mai 1834 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil*, n° 138).

Quand je dis que la cour de cassation ne tient aucun compte de la nature des questions d'état, je dépasse peut-être sa pensée. Dans une affaire récente, une action en désaveu était intentée par un père, devenu étranger par suite de la cession de l'Alsace-Lorraine, contre son fils, resté Français parce qu'il était né en France. Il a été jugé que l'action devait être portée devant un tribunal français ; par la raison que le défendeur était Français, et que par suite les tribunaux français étaient *seuls compétents* pour statuer sur une *question d'état* qui le concernait. Le pourvoi faisait une objection très sérieuse. Le mineur a un domicile légal, déterminé par l'article 108 du code Napoléon, c'est celui de son père ; il devait donc, d'après le droit commun, être assigné devant le tribunal du domicile de son père, c'est-à-dire devant un tribunal allemand. Que répond la cour? Que les tribunaux allemands étaient incompétents *ratione materiæ*, donc parce qu'il s'agissait de l'*état* du mineur (1). Ainsi les questions d'état déterminent une compétence spéciale, celle des tribunaux du pays auquel appartient la personne dont l'état est en cause : ce n'est pas le tribunal du domicile qui est compétent, comme l'avait décidé la chambre civile en 1834 ; en 1877, la chambre des requêtes décide que les tribunaux nationaux sont seuls compétents à raison de la matière. Voilà bien l'opinion généralement admise sur la compétence en matière d'état. Je l'ai combattue en m'appuyant sur la jurisprudence de la cour de cassation de France ; l'arrêt de 1877 ne contient aucun motif qui puisse me faire changer d'avis, car il n'est pas motivé ; comme tant d'arrêts de la cour suprême, il se borne à affirmer ; en droit, on n'affirme pas, on prouve.

54. Je dis que l'incompétence des tribunaux étrangers en matière d'état est généralement admise : j'en trouve un témoignage intéressant dans un arrêt de la cour de cassation de Turin. Il s'agissait de savoir si les tribunaux italiens peuvent prononcer l'interdiction d'un étranger résidant en Italie et lui nommer un tuteur, et en termes plus

(1) Rejet, Chambre civile, 6 mars 1877 (Dalloz, 1877, 1, 289).

généraux, si les tribunaux nationaux sont compétents pour connaître des questions d'état concernant les étrangers résidants. Dans l'espèce, l'étranger, un Français, était domicilié à Milan depuis quinze ans. La cour de Milan prononça l'interdiction, par le motif que c'est une mesure de protection non seulement pour l'étranger, mais aussi pour les Italiens qui pouvaient contracter avec lui. De plus, le tribunal du domicile est plus à même que tout autre de connaître si un individu, étranger ou non, se trouve dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur. Enfin, ce n'est point déroger au statut personnel de l'étranger, puisque, d'après les principes du code italien, les tribunaux d'Italie appliquent à l'étranger sa loi nationale ; c'est donc la loi étrangère qui réglera les causes pour lesquelles l'interdiction sera prononcée, et les effets qu'elle produira.

C'est précisément le statut personnel que la cour de cassation de Turin invoqua pour en induire l'incompétence des tribunaux italiens. Ce statut est la loi nationale de la personne, qui suit l'étranger partout où il se trouve ; partant, pour l'appliquer, il faut avoir juridiction sur lui ; or, cette juridiction est exercée par le souverain et en son nom par des juges qui prononcent leurs jugements au nom du roi sur les personnes soumises aux lois de l'Etat, mais jamais sur les étrangers. Ici la cour s'énonce en termes trop absolus, ou la traduction est mauvaise ; il n'entre certes pas dans la pensée de la cour de décider que les tribunaux italiens sont incompétents, d'une manière absolue, dès qu'un étranger est en cause ; il faut limiter la décision à l'espèce que la cour avait à juger. L'arrêt pose, en effet, comme principe que les tribunaux nationaux sont incompétents pour connaître des questions d'état entre étrangers ; qu'ils doivent, en conséquence, s'abstenir de juger les demandes en séparation de corps, en nullité de mariage, en reconnaissance d'enfants et autres qui sont réglées par le statut personnel. La cour invoque le droit des gens, en citant le témoignage de Heffter, lequel enseigne que les questions d'état ne peuvent être jugées que par les tribunaux du pays auquel l'étranger appartient.

Telle est aussi l'opinion de Pisanelli. Toutefois la doctrine est divisée ainsi que la jurisprudence (1).

L'arrêt de la cour de cassation de Turin a au moins un mérite, c'est de trancher nettement la question. Si elle déclare les tribunaux italiens incompétents en matière d'état, c'est uniquement à raison du statut personnel qui régit l'état et la capacité des parties. Mais les motifs de décider sont d'une faiblesse extrême. Ce n'est pas à raison de la loi qui doit être appliquée que les tribunaux sont compétents ou incompétents, c'est à raison des règles qui déterminent la compétence. Or, dans l'espèce, il était constant que l'étranger avait son domicile à Milan, et n'est-il pas de principe élémentaire que le tribunal du domicile est compétent en matière personnelle? C'est précisément là le motif pour lequel la jurisprudence française renvoie l'étranger devant les tribunaux de son pays. Qu'importe que les tribunaux rendent la justice au nom du roi? Cela n'empêche pas qu'ils soient les organes de la justice, et non du pouvoir royal; ce n'est pas le roi qui juge; il n'intervient, comme chef du pouvoir exécutif, que pour assurer l'exécution des jugements. Et quand même le roi jugerait, il ferait comme font les tribunaux, sa compétence en matière personnelle serait déterminée par le domicile, et il rendrait justice aux étrangers comme aux nationaux, puisque la justice est universelle de sa nature. Je crois inutile d'insister.

A la cour de Turin, j'opposerai un arrêt de la cour de Bruxelles, qui a confirmé le jugement du tribunal de première instance de Bruxelles, avec adoption de motifs. Le tribunal commence par poser le vrai principe qui détermine la compétence : « L'ordre public et les convenances internationales exigent que l'étranger domicilié en Belgique soit soumis à la juridiction des tribunaux belges. Décider le contraire, ce serait laisser sur le territoire du royaume des personnes qui n'auraient point de juges auxquels ils pourraient soumettre leurs différends, et qui ne

(1) Arrêt de la cour de cassation de Turin, du 13 juin 1874 (*Journal du droit international privé*, t. I, p. 330).

sauraient à quel tribunal s'adresser pour obtenir protection dans les actes de leur vie civile. » Ainsi au principe de l'incompétence générale des tribunaux nationaux quand un étranger est en cause, le tribunal de Bruxelles oppose le principe de la compétence, pourvu que l'étranger ait son domicile en Belgique. C'est le droit commun, et pour mettre les étrangers hors du droit commun, il faudrait un texte : ce texte, on le chercherait vainement dans nos codes. Il est facile au tribunal d'écarter les articles 11 et 13 que l'on invoquait pour en induire l'incompétence des tribunaux belges. Sans doute, si le droit d'ester en justice était un droit civil, on pourrait s'appuyer sur l'article 11 pour en refuser la jouissance à l'étranger ; le tribunal de Bruxelles dit très bien que le droit d'ester en justice n'est autre chose que le droit de légitime défense qui dérive du droit des gens, et qui, à ce titre, appartient à toute personne, aux étrangers comme aux nationaux. Le tribunal écarte encore l'article 14, que l'on invoquait également; c'est une de ces mauvaises raisons que les plaideurs accumulent, sans réfléchir que les mauvaises raisons témoignent que la cause est mauvaise.

J'arrive aux seuls arguments qui aient une apparence juridique; on les puisait dans la jurisprudence française. C'est d'abord la difficulté qu'éprouverait le juge belge à appliquer une législation qui n'est pas celle de son pays. Le tribunal répond que l'article 14, invoqué pour nier la compétence de la justice belge entre étrangers, prouve que les tribunaux nationaux sont obligés d'appliquer les lois étrangères. Aux termes de cet article, l'étranger, même non résidant en France, peut être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français. D'après quelle loi le juge décidera-t-il si l'acte dressé pour constater ces obligations est valable? Toutes les législations répondent : D'après la loi du pays où l'acte a été passé, donc d'après une loi étrangère. D'après quelle loi le juge français jugera-t-il si l'étranger est capable ou incapable? D'après sa loi nationale, qui forme son statut personnel : encore une loi étrangère. D'après quelle loi le juge français

interprétera-t-il le contrat? L'opinion presque universelle répond : d'après la loi locale, toujours une loi étrangère. Le législateur ne s'inquiète pas du point de savoir s'il sera difficile au juge français de connaître les lois étrangères qu'il est appelé à appliquer : c'est l'affaire du magistrat, il doit juger sous peine de déni de justice.

La jurisprudence française invoque encore un autre motif pour déclarer les tribunaux nationaux incompétents entre étrangers, et surtout en matière d'état, c'est qu'il est à craindre que leur décision ne soit pas respectée dans le pays auquel l'étranger appartient. Eh! qu'importe? Tous les jours nos tribunaux rendent des jugements dont les parties seront dans le cas de demander l'exécution à l'étranger; ces jugements n'ont pas de force hors des limites de la Belgique : cela dispense-t-il nos tribunaux de juger? Ils jugent d'après leur conscience, et d'après les vrais principes, sans s'inquiéter de ce que deviendront leurs jugements.

Le tribunal de Bruxelles prend appui sur la Constitution belge, dont l'article 128 assure aux étrangers la protection accordée aux personnes et aux biens. Or, qu'est-ce que l'interdiction, sinon une mesure tutélaire destinée à protéger la personne et les biens des malheureux frappés d'aliénation mentale (1).

55. Les matières qui dépendent du statut personnel vont tous les jours en s'étendant. J'ai dit dans l'Introduction historique de ces Etudes que la réalité des coutumes fut d'abord une règle universellement admise; la capacité même, dans le droit féodal, était régie par la loi du territoire, de sorte que le vassal était majeur pour tel fief à quinze ans, et pour tel autre à dix-huit ou à vingt. Les glossateurs furent les premiers à revendiquer le statut personnel, pour ce qui concernait l'état et la capacité; mais leur doctrine trouva de nombreux adversaires; il y avait une école de réalistes qui cherchait à restreindre le statut de la personne, pour faire dominer la loi de la terre.

(1) Jugement du tribunal de Bruxelles, du 5 janvier 1872, confirmé par arrêt du 30 juin 1873 (*Pasicrisie*, 1872, 3, 64; et 1873, 2, 342).

La lutte entre la personnalité et la réalité des statuts dura pendant des siècles, elle n'est pas encore à son terme, mais la tendance du droit moderne est d'étendre le statut personnel en l'appliquant à toutes les lois d'intérêt privé, et de restreindre le statut réel aux lois d'intérêt social. C'est dans cet esprit que sont conçues mes Etudes, et je ne fais qu'obéir à la marche progressive et providentielle du droit. Le statut personnel gagne; le code d'Italie y soumet les successions, à l'exemple du droit allemand; les immeubles mêmes finiront par être une dépendance du statut personnel. La question que j'examine aura donc des applications tous les jours plus fréquentes. De là l'intérêt de ce débat. Pour le moment il se restreint aux lois qui règlent l'état des personnes et la capacité ou l'incapacité qui en résultent. Dans le cours de cette Etude, j'ai eu l'occasion de discuter les applications les plus usuelles des principes contraires que l'on suit en France et en Belgique, en ce qui concerne l'état des étrangers. Je vais compléter l'exposé de la jurisprudence.

Le conseil judiciaire se rattache à l'interdiction. Jadis les prodigues étaient interdits; aujourd'hui, on se borne à leur donner un conseil nommé par le tribunal. Il en est de même des personnes qui sont faibles d'esprit, sans que la faiblesse aille jusqu'à l'aliénation mentale. On demande si les tribunaux français sont compétents pour mettre un étranger sous conseil judiciaire. La cour d'Alger s'est prononcée pour l'incompétence (1). Elle reproduit le principe consacré par la cour de cassation de France. Les tribunaux ne doivent la justice qu'aux Français; leur juridiction entre étrangers, ne reposant pas sur le droit de souveraineté, ne pourrait avoir d'autre base que le consentement des parties. La cour a-t-elle réfléchi à la conséquence absurde que cette doctrine a dans la matière de l'interdiction et du conseil judiciaire? Ce sont des mesures de protection, mais on doit les imposer à ceux que l'on veut interdire ou placer sous conseil. A-t-on déjà rencontré un fou qui avouât sa folie, et un prodigue qui

(1) Alger, 4 mars 1874 (Dalloz, 1875, 2, 62).

reconnût sa prodigalité? Devant quelque tribunal qu'on les assigne, ils résisteront de toutes leurs forces à la protection qu'on leur veut infliger; ils appelleront cette protection tyrannie, et ils ne manqueront pas d'opposer l'incompétence du tribunal devant lequel on les traduit. Qu'en résultera-il? C'est que des personnes qui ont besoin de protection plus encore que les mineurs ne jouiront pas de la protection que la loi leur veut assurer; les prodigues auront le temps de se ruiner, et les fous de faire des actes de folie. Les tribunaux français ne leur doivent pas justice, et le renvoi devant leur juge naturel ne sera-t-il pas le plus souvent un déni de justice? La cour d'Alger admet des exceptions à l'incompétence quand il s'agit d'un *intérêt français* d'ordre public, par exemple, l'application des lois de police et de sûreté, qui obligent et protégent tous ceux qui habitent le territoire; elle admet, en conséquence, les mesures de nécessité et d'urgence, à défaut desquelles il y aurait trouble et lésion d'un intérêt national. L'exception compromet la règle, comme toujours quand la règle n'a point de fondement rationnel. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation de Turin, la cour déclare les tribunaux italiens incompétents pour donner un tuteur à l'étranger aliéné, mais elle leur permet de nommer un conseil provisoire : où est la différence, sinon dans la durée des fonctions? Et si le juge peut nommer un tuteur provisoire pour cinq ans, pourquoi pas pour toute la durée de la maladie? L'interdiction est toujours temporaire, puisqu'elle cesse avec les causes qui l'ont provoquée.

Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles en sens contraire. Chose singulière! la cour française et la cour belge invoquent l'une et l'autre la souveraineté, mais l'une pour en induire que les tribunaux français ne doivent pas la justice aux étrangers, et l'autre pour en conclure que les tribunaux belges exercent leur juridiction sur les étrangers résidant en Belgique aussi bien que sur les nationaux. Quelle est la vraie notion de la souveraineté? La jurisprudence française voit dans la souveraineté un pouvoir égoïste, n'ayant en vue que l'intérêt français, ce

qui conduit à cette conséquence peu digne d'une nation civilisée, c'est que l'on abandonne à eux-mêmes des malheureux dont la raison n'a jamais été saine, ou dont les facultés intellectuelles sont troublées par une cruelle maladie. La jurisprudence belge estime que la puissance souveraine a pour mission de protéger tous les intérêts individuels, qu'ils concernent les étrangers ou les nationaux, pourvu que les étrangers aient un domicile ou une résidence en Belgique : notre Constitution ne laisse aucun doute sur ce point; elle étend aux étrangers les lois qui protégent les personnes et les biens (art. 128), et la cour de Bruxelles dit très bien que l'article 128 doit recevoir son application aux lois qui défendent le prodigue contre ses passions et la faiblesse de sa volonté (1).

56. La séparation de corps est une des contestations les plus usuelles, dans lesquelles la compétence des tribunaux nationaux est déclinée. Les tribunaux français se déclarent régulièrement incompétents, tandis que les tribunaux belges rejettent l'exception d'incompétence, à moins que le défendeur n'ait en Belgique ni domicile, ni résidence. Il est très difficile de dire quel est le principe sur lequel se fonde la jurisprudence française; chaque cour a le sien, de sorte qu'en définitive, il n'y en a pas. La cour de cassation applique la règle générale qui détermine la compétence en matière personnelle, par le domicile du défendeur, et l'action en séparation de corps est certainement personnelle; de sorte que les tribunaux français renvoient le demandeur à se pourvoir devant le tribunal du domicile du défendeur (2). On a dit, et tel est aussi mon avis, que le renvoi des parties devant leur juge naturel aboutit le plus souvent à un déni de justice. En matière de séparation de corps, cela est d'évidence; les arrêts mêmes qui admettent le déclinatoire en fournissent la preuve.

D'abord, la doctrine française concernant le domicile de l'étranger a pour conséquence que l'étranger n'a

(1) Bruxelles, 9 juin 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 359).
(2) Rejet, 14 avril 1818 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil*, n° 319).

jamais de domicile en France, sauf dans les cas très rares où il y est établi avec autorisation du gouvernement (art. 13); de sorte que les tribunaux français ne seront jamais compétents à raison du domicile : l'étranger demandeur sera donc régulièrement renvoyé devant le tribunal étranger où le défendeur a son domicile. En attendant que le procès se vide, que deviendra l'époux innocent? La jurisprudence a compris la nécessité de le protéger. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de Paris, celle-ci constata qu'il n'y avait pas de sûreté actuelle pour la femme d'habiter avec son mari; elle l'autorisa à quitter le domicile conjugal; elle défendit au mari de hanter et fréquenter sa femme; elle prescrivit des mesures pour la garde des enfants (1). Bref, c'est une séparation de corps provisoire. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à lire un arrêt de la cour de Metz : « Pendant un délai d'une année qui lui est accordé pour se pourvoir devant la juridiction compétente, la femme est autorisée à tenir un domicile séparé de son mari; elle continuera d'habiter la maison qu'elle habite maintenant et qui lui appartient comme ayant été acquise pendant la communauté avec son premier mari; l'arrêt enjoint, en conséquence, au mari d'en sortir, lui faisant inhibition d'y troubler en aucune façon sa femme; autorise au besoin cette dernière à le contraindre par toutes les voies de droit, même par l'emploi de la force publique; dit que la femme conservera, pendant le même délai, la garde de ses enfants; l'autorise, en outre, à pratiquer tous les actes conservatoires de ses droits, et à toucher elle-même, à titre de provision alimentaire, les revenus de ses biens (2) ». Il y a encore des *etc.* Ainsi, le mari expulsé du domicile conjugal, au besoin par les gendarmes, la vie commune suspendue, le mari privé de la jouissance des biens de sa femme, la femme administrant ses biens et disposant de ses revenus. Si les tribunaux n'ont aucune juridiction sur les étrangers, s'ils sont incompétents, en matière d'état, de quel droit

(1) Paris, 28 avril 1823 (Dalloz, au mot *Droit civil*, n° 318, 1°).
(2) Metz, 26 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 2, 160).

prononcent-ils une séparation de corps pour un an ? Pour la prononcer, ils doivent connaître du fond; pour chasser le mari de la maison conjugale, ils doivent savoir que le mari est le coupable : comment peuvent-ils le savoir sans connaître du fond de l'affaire? Et ils en connaissent sans enquête ni contre-enquête! N'est-ce pas un tissu de contradictions?

57. Je dis que le renvoi des époux devant les tribunaux peut être et sera souvent un déni de justice. Un Belge s'établit en France sans esprit de retour, il perd sa nationalité d'origine sans acquérir la nationalité française; il perd aussi son domicile en Belgique sans acquérir un domicile en France; car, d'après la jurisprudence française, l'étranger n'acquiert un domicile en France que s'il s'y établit avec autorisation du gouvernement. Une action en séparation de corps est intentée contre ce ci-devant Belge par sa femme étrangère. Le tribunal se déclarera incompétent et renverra les parties devant le juge national du défendeur. Quels sont ces juges naturels? Ce ne sont pas les tribunaux belges, puisque le défendeur n'est plus Belge et il n'a plus de domicile en Belgique. Ainsi, voilà des personnes hors la loi; il n'y a point de justice pour eux. Et quelle sera la situation des époux ? Au sein d'un pays qui se vante de sa civilisation, ils seront dans cet état de sauvagerie que l'on a faussement appelé l'état de nature; il n'y aura d'autre justice pour eux que la force : le droit du poing régnera comme au moyen âge !

Voici une espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation de France. Une Française mariée avec un Polonais réfugié demande la séparation de corps. La cour de Poitiers se déclare incompétente, et renvoie les parties devant le juge naturel du défendeur. Quel était, dans l'espèce, ce juge naturel ? Le défendeur était né dans le Palatinat de Lublin, qui dépend de la Pologne russe. Or, les Polonais, nés sujets russes, qui avaient pris part à l'insurrection de la Pologne, étaient frappés de mort civile en vertu des lois de l'empire de Russie; donc, ils n'avaient dans leur pays ni nationalité ni domicile, partant, pas de

justice civile. La cour avait donc renvoyé la femme à se pourvoir devant un tribunal radicalement incompétent. Le pourvoi demandait s'il pouvait y avoir des hommes hors la loi partout, dans leur pays et en France. La chambre des requêtes reproduit d'abord la doctrine stéréotypée de la jurisprudence française. Les tribunaux français, institués pour rendre justice aux nationaux, ne sont pas tenus de prononcer sur les contestations qui s'élèvent entre étrangers habitant le territoire. S'ils peuvent consentir à prêter leur juridiction à deux étrangers qui sont d'accord pour la réclamer, ils sont bien fondés à la leur refuser lorsque l'un de ces étrangers demande, comme dans l'espèce, à raison de l'extranéité, son renvoi devant les tribunaux de son pays. La belle justice! Le défendeur, c'est le coupable; ils se gardera bien de se laisser juger en France, parce qu'il sait qu'il y serait couvert d'opprobre, sans compter la lésion de ses intérêts pécuniaires. La femme n'a qu'à aller plaider en Russie! Il y a, il est vrai, une difficulté, c'est que les tribunaux russes devront aussi se déclarer incompétents. Admirable justice! Que répond la cour? Si des mesures de rigueur ont été prescrites par le gouvernement russe pour suspendre l'exercice des droits civils des individus qui se trouvent dans la position du défendeur, ces mesures tiennent aux rapports qui existent entre ces étrangers et leur gouvernement, mais ne peuvent avoir d'influence sur l'application, en France, des principes en matière de juridiction et de compétence (1) ». N'est-ce pas le cas de s'écrier : *Summum jus, summa injuria?* L'arrêt rendu au rapport de Hardoin est parfait; mais sa perfection même témoigne contre la doctrine de la cour. Si l'on dépouille la décision de ses formes juridiques, voici quel en sera le sens : « Nous, juges français, nous avons mission de rendre justice aux Français. Vous êtes étrangers, nous ne vous connaissons point. Allez plaider devant les tribunaux de votre pays. Nous sommes cependant disposés à vous prêter notre ministère, si le défendeur y consent.

(1) Rejet, 16 mai 1849 (Dalloz, 1849, 1, 256).

C'est une grande condescendance de notre part, et une marque de la générosité française. Il est vrai que cette générosité ne nous est pas très onéreuse, car nous savons d'avance que le défendeur, le coupable, ne tient pas à être déclaré coupable. Il reste au demandeur à aller plaider à Lublin. Vous nous dites que les juges russes vous opposeront également leur incompétence. C'est votre affaire, cela ne nous regarde pas. »

58. Quand on lit l'arrêt de la cour de cassation que je viens de transcrire, on croirait que la jurisprudence française a une certitude absolue, et qu'elle repose sur des fondements inébranlables. Il n'en est rien, tout est incertitude, doute, confusion. La cour suprême se retranche derrière un principe qui n'est qu'une affirmation : où est-il dit que les tribunaux français sont institués exclusivement pour rendre justice aux Français ? Et si cette incompétence est d'ordre public, comment se fait-il que le consentement des parties et des juges suffise pour rendre les tribunaux compétents ? Les parties peuvent-elles déroger aux lois qui concernent l'ordre public ? Et comment le juge, qui n'a d'autre mission que celle que la loi lui donne, peut-il se créer une compétence que la loi lui refuse ?

Si au moins ces motifs, tels quels, étaient admis par la jurisprudence ! Ecoutons la cour de Paris. Une instance en séparation de corps est engagée par une femme étrangère contre son mari étranger. La cour constate que le mariage a été célébré dans l'hôtel de l'ambassadeur anglais, équipollent au territoire étranger. Eh qu'importe ? Est-ce que les mariages contractés à l'étranger ne peuvent pas être dissous en France ? Après cela, la cour décide que « les tribunaux français ne sont pas compétents sur la question d'état des époux (1) ». Est-ce parce que la séparation est une question d'état ? ou est-ce parce que les époux étaient étrangers ? ou est-ce parce que le mariage avait été contracté à l'étranger ? On ne le sait.

Une Femme française d'origine forme contre son mari,

(1) Paris, 28 avril 1823 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil*, n° 318, 1°).

Polonais réfugié, une demande en séparation, devant le tribunal de la Seine. Le tribunal de la Seine se déclare incompétent; le jugement, confirmé en appel, avec adoption des motifs, accumule tous les motifs que l'on donne pour justifier l'incompétence. D'abord les tribunaux français ne sont compétents entre étrangers que lorsque les parties en cause ont déclaré reconnaître cette compétence, et le défendeur naturellement l'avait déclinée. Comment la compétence facultative cadre-t-elle avec ce que le tribunal dit ensuite, à savoir que c'est pour les tribunaux français un *devoir* de s'abstenir lorsqu'il s'agit d'une *question d'état ?* Si c'est un *devoir*, peuvent-ils se dispenser de le remplir? et les parties intéressées peuvent-elles dispenser le juge d'obéir à la loi ? Mais où est la loi qui défend au juge de connaître des questions d'état entre étrangers ? C'est l'article 3 du code civil, en vertu duquel le statut national suit l'étranger en France. J'ai déjà relevé cette confusion entre la compétence et le statut personnel. Ce que le tribunal ajoute n'apporte pas une nouvelle lumière au débat; les tribunaux français seraient exposés à commettre de graves erreurs, en appliquant des lois étrangères. Est-ce que par hasard le tribunal sera plus éclairé si les parties acceptent sa compétence? Il y aura, au contraire, une chance d'erreur de plus, puisque les deux époux peuvent s'entendre pour tromper le juge, tandis que si l'un contredit l'autre, on peut espérer que du conflit des opinions jaillira la vérité. Le tribunal dit ensuite que la séparation de corps modifie d'une manière essentielle et grave l'état des personnes; il en conclut qu'il s'agit d'une incompétence d'*ordre public* que la volonté de l'étranger ne peut modifier. Cependant, le tribunal avait commencé par dire, et la cour de cassation dit dans tous ses arrêts, que le consentement des parties et celui du juge font cesser l'incompétence. Voilà la confusion en plein. Quand même le défendeur aurait un domicile en France, ajoute le tribunal, l'incompétence subsisterait (1). Mais si l'étranger a

(1) Paris, 25 juin 1836 (ou 1835) (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil*, n° 318, 2°).

un domicile en France, devant quel tribunal le renverra-t-on ? Domicilié en France, il ne peut plus avoir de domicile dans son pays; donc le tribunal étranger se déclarera aussi incompétent. Nous aboutissons de nouveau à cette criante iniquité qu'il n'y a pas de justice pour l'étranger : il est hors la loi, il est sans droit.

Un autre arrêt de la cour de Paris dit, en termes plus formels encore, que les tribunaux français ont la faculté de refuser leur juridiction en toute matière entre étrangers, mais que cette faculté devient une *obligation* lorsqu'il s'agit d'une question d'état qui, entre étrangers, ne peut être jugée que suivant les principes du statut personnel, et par les juges de ce statut, c'est-à-dire du pays auquel appartiennent les parties par leur nationalité (1). La confusion entre la compétence et le statut ne saurait être plus évidente, et la contradiction entre la jurisprudence de la cour de Paris et celle de la cour de cassation est tout aussi évidente. J'ai déjà cité des témoignages : voici encore une espèce où le juge de première instance, la cour d'appel et la cour de cassation ont jugé en sens divers et contraires.

Le tribunal de première instance de Lyon se déclara compétent pour connaître d'une demande en séparation de corps entre étrangers. Je suis heureux de transcrire les motifs du jugement. Rien ne m'est plus antipathique que l'esprit d'étroite nationalité qui n'admet de justice que pour les Français et la refuse aux étrangers. Cet égoïsme national rendrait impossible la réalisation de l'idéal de notre science, la communauté de droit entre les peuples. Malheureusement, ces tendances exclusives s'enracinent chez les légistes; ce n'est pas sans raison que Mancini s'est plaint du froid accueil qu'il avait reçu en France, quand il vint proposer un traité pour régler, entre les Etats de l'Europe, les principes qui doivent régir le droit international. Il faut pour cela que les nations reconnaissent qu'un lien de droit les unit ; comment parvien-

(1) Paris, 25 novembre 1839 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil*, n° 318, 2°).

dra-t-on à établir ces règles de droit international privé, tant que la France n'aura en vue que l'intérêt français? Heureusement qu'il y a d'autres tendances en France. J'ai rappelé, dans l'Introduction historique de ces Etudes, le cosmopolitisme de ses philosophes et la doctrine de ses économistes qui, au lieu de subordonner la justice à l'intérêt, ne réputent utile que ce qui est juste. Nous allons retrouver ces sentiments dans le jugement du tribunal de Lyon.

59. Le tribunal constate d'abord que le défendeur, qui déclinait la compétence des tribunaux français, avait à Lyon son établissement principal, pour mieux dire unique; donc il y avait son domicile d'après le droit commun, et il avait cessé de l'avoir dans sa patrie, la Savoie; partant il était justiciable des tribunaux français. Puis le tribunal arrive au fameux principe établi par la cour de cassation : que les tribunaux ne sont institués que pour rendre la justice aux nationaux. Y a-t-il une loi qui consacre ce principe? Non. Résulte-t-il de la nature de la justice? La doctrine qui exclut les étrangers de la justice répugne, au contraire, à l'état actuel de la civilisation. A Rome, dès une époque reculée, on organisa une juridiction pour les étrangers, et l'on constitua pour eux un droit privé destiné à suppléer au droit civil, et qui finit par l'absorber. Comprendrait-on que, de nos jours, la société française, bien plus libérale et plus généreuse, ait inscrit dans nos codes cette règle, qu'il n'y a pas de justice pour les étrangers en France? En recevant dans son sein les étrangers, en les invitant à s'établir sur son territoire, en leur assurant des droits privés qui ne diffèrent plus de ceux des nationaux que par des exceptions devenues de plus en plus rares, la France entend assurément leur accorder la garantie de nos juridictions. Cette conception de la justice conduit à un principe bien différent de celui de la cour de cassation : c'est que les tribunaux sont institués pour faire régner l'ordre dans toutes les familles et dans tout le pays; pour remplir cette mission, ils doivent être compétents à l'égard de tous les habitants de l'empire, quelle que soit leur nationalité. Il faut donc appliquer aux étran-

gers comme aux nationaux cette règle générale de la compétence, que le défendeur, en matière personnelle, doit être assigné devant le tribunal de son domicile. Le tribunal arrive ensuite à la séparation de corps : ce n'est, dit-il, qu'une mesure de protection accordée à l'un des époux pour le soustraire aux sévices et aux injures graves de l'autre; on ne comprendrait pas qu'une telle mesure, qui tient si directement à la bonne police de l'empire, ne fût pas dans les attributions des tribunaux français, quand même il s'agirait d'une famille étrangère, pourvu qu'elle fût domiciliée en France. Enfin, dit le tribunal, en considérant les circonstances dans lesquelles la demande se produit, les faits sur lesquels elle s'appuie, on ne peut se dissimuler que le déclinatoire opposé par le mari aboutirait, pour la femme, à un véritable déni de justice.

Sur l'appel, le jugement fut infirmé par la cour de Lyon, La cour commence par constater que le défendeur est resté étranger, et qu'il n'a pas perdu sa nationalité d'origine. Puis elle place la question sur le terrain du statut personnel, que le premier juge n'avait pas pris en considération. Si l'étranger résidant en France est soumis aux lois qui régissent le territoire ou qui sont d'ordre public, il n'en reste pas moins assujetti, quant à son *état* et sa *capacité*, au statut personnel de son pays d'origine, statut qui le suit sur le territoire français. Or, le mariage ayant pour effet de fixer les droits et les devoirs des époux, de modifier leur capacité et de constituer la famille, est nécessairement soumis au statut personnel; dès lors, la demande en séparation de corps, qui tend à altérer les droits résultant du mariage, ne peut être jugée que d'après les prescriptions du statut personnel du mari. Puis viennent les considérations stéréotypées, la difficulté de connaître les lois étrangères, les erreurs qui en résulteraient, la dignité de la magistrature française qui serait compromise si ses arrêts étaient méconnus à l'étranger. La cour en conclut que les tribunaux ne doivent pas la justice aux résidents étrangers; qu'ils peuvent refuser de juger des contestations lorsqu'ils auraient à faire l'application d'une loi étrangère.

Pourvoi en cassation et arrêt de rejet. La cour ne dit pas un mot du système sur lequel reposait l'arrêt attaqué; elle laisse là le statut personnel et les lois étrangères, et elle se renferme dans son affirmation usuelle, que les tribunaux français n'ont une compétence positive pour juger les contestations entre étrangers que dans les cas où la loi leur en attribue la connaissance; que leur compétence n'étant pas réglée par la loi, les tribunaux ne sont valablement saisis qu'autant qu'ils consentent à juger et que les parties en cause reconnaissent volontairement leur juridiction (1).

Que l'on nous dise, après cela, quel est le principe sur lequel est fondée la jurisprudence française : dans l'espèce, le tribunal, la cour d'appel et la cour de cassation ont chacun un système différent. La décision du premier juge est rejetée par la cour de Lyon, mais les motifs pour lesquels la cour infirme sont aussi rejetés implicitement par la chambre des requêtes. De sorte que nous sommes en présence de trois systèmes contraires : celui de la compétence fondée sur la notion de la justice universelle, celui de l'incompétence en matière d'état, et celui de l'incompétence universelle à raison de la qualité d'étranger, modifiée par la compétence facultative. Le premier juge avait certainement raison en théorie; mais je doute que le cosmopolitisme qui l'a inspiré soit l'esprit de la loi qu'il s'agit d'interpréter. Le code garde le silence : est-ce à dire qu'il entend mettre les étrangers sur la même ligne que les Français? Comment le croire quand on voit le législateur refuser aux étrangers la jouissance des droits civils, et quand on sait que les auteurs du code répudiaient le cosmopolitisme de l'Assemblée Constituante, et ne voulaient pas de ce qu'ils appelaient le mélange effréné des peuples? Non, l'esprit de la législation française est l'égoïsme national, l'intérêt français très mal entendu. Et les tribunaux français n'ont aucun intérêt à rendre justice aux étrangers : de là le silence du code Napoléon.

L'incompétence fondée sur le statut personnel, en tant

(1) Rejet, 10 mars 1858 (Dalloz, 1858, 1, 313).

qu'on l'applique à la séparation de corps, n'a point de sens. En effet, la séparation de corps est une institution catholique qui est partout la même, sauf peut-être des différences de détail dont les tribunaux qui la prononcent n'ont pas même à s'inquiéter; ils déclarent les époux séparés de corps : faut-il pour cela une science profonde des lois étrangères?

Le système de la cour de cassation est double. En principe, c'est l'incompétence absolue, doctrine barbare, qui fait rétrograder la France jusqu'aux Douze Tables. La cour elle-même recule devant les conséquences de son principe; à côté de l'incompétence absolue, elle admet la compétence facultative. J'avoue que je ne comprends pas une compétence facultative; ce sont deux mots qui s'excluent l'un l'autre. Qui dit compétence, dit devoir, obligation, mission : le juge compétent doit juger, sous peine de déni de justice. Voilà la signification de la compétence entre Français, et c'est certainement le vrai sens du mot. Entre étrangers, c'est différent. Le juge dit : Je suis compétent si je veux, et il ne me plaît pas de juger les causes des étrangers. Qu'ils aillent chez eux. Voilà l'égoïsme national dans toute sa brutalité. Et toutefois je n'oserais pas dire que la cour de cassation a tort, légalement parlant. C'est bien là l'esprit du code civil, du législateur du consulat et de l'empire. Il est bon que la France le sache, et il est bon qu'on le lui dise.

60. La Belgique a été régie jusqu'à nos jours par les lois françaises; notre droit civil est encore le code Napoléon. Mais chose remarquable! La jurisprudence, en ce qui concerne la compétence entre étrangers, est toute différente. Là où les tribunaux français se déclarent incompétents, les tribunaux belges se déclarent compétents. J'ai constaté cette opposition en ce qui concerne le principe; il va sans dire qu'elle se retrouve dans l'application aux questions d'état. Nos cours ignorent l'incompétence fondée sur le statut personnel; elles prononcent la séparation de corps entre époux français, tandis qu'à deux pas de nous, les tribunaux français refusent de prononcer la séparation entre époux belges. La justice, dans l'opinion

des magistrats belges, ne tient pas compte de la nationalité en cette matière, et il est presque ridicule d'établir une différence entre étrangers et nationaux, puisque la séparation de corps est partout la même. Nous allons entendre notre cour de cassation. L'arrêt que je vais analyser a été rendu au rapport d'un de nos bons jurisconsultes, M. Peteau, sur les conclusions conformes du procureur général, M. Leclercq, autorité que je suis toujours heureux d'invoquer.

Je remarque d'abord que, dans l'espèce, nos tribunaux, à tous les degrés, ont été unanimes à reconnaître la compétence des tribunaux belges entre deux époux français, en matière de séparation de corps. Le premier juge, le tribunal de Namur, constate que le mari défendeur était domicilié en Belgique, parce qu'il avait transféré son principal établissement dans une commune belge, avec l'intention déclarée d'y fixer son principal établissement. Voilà un premier point sur lequel la jurisprudence belge diffère de la jurisprudence française, et, bien que je craigne de prononcer le mot d'évidence en fait de droit, je n'hésite pas à dire que la doctrine de nos cours et tribunaux est plus conforme à l'esprit de la loi que celle de la cour de cassation de France; j'ai longuement discuté la question (1), elle est décidée en d'excellents termes par la cour de Liége et par la cour de cassation : il est inutile d'y insister. Le tribunal de Namur invoque ensuite l'article 128 de la Constitution belge, qui à lui seul suffirait pour décider le débat : si l'étranger jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, qui plus que la femme maltraitée par son mari a droit à cette protection? Et si nos tribunaux la lui refusaient, où la femme iraitelle la chercher? En France? Le tribunal français prononcerait, dans l'espèce, la séparation, puis le mari reviendrait en Belgique, se moquant de la décision de son juge naturel. La femme demanderait-elle à un tribunal belge de rendre exécutoire le jugement français? Elle serait repoussée par l'arrêté-loi du 19 septembre 1814,

(1) Voyez le t. III de ces Etudes, p. 456, nº 264.

aux termes duquel les jugements français n'ont aucune exécution en Belgique. La femme se trouverait emprisonnée dans un cercle vicieux ; pour mieux dire, sa situation serait celle des damnés dans l'Enfer de Dante, d'où l'espérance est bannie à jamais.

Sur appel, arrêt de la cour de Liége qui confirme la sentence du premier juge. Devant la cour, l'appelant essaya de se prévaloir de la jurisprudence française relative au domicile et au statut personnel. L'arrêt répond qu'il est de doctrine et de jurisprudence que l'étranger acquiert un domicile en Belgique en vertu du droit commun, et sans qu'il soit besoin d'une autorisation du gouvernement. La cour repousse également la doctrine française qui fonde l'incompétence sur le statut personnel de l'étranger. Elle dit très bien qu'il ne s'agit pas de savoir si la demande en séparation intentée par une femme française sera jugée d'après la loi belge, ou si elle doit l'être d'après la loi française; mais uniquement du point de savoir si, à raison de la nature de cette action, la qualité d'étranger met obstacle à ce que les tribunaux belges en connaissent. Or, l'administration de la justice dépend du droit des gens, alors surtout que l'action prend sa source dans les obligations naturelles, c'est-à-dire, dans la protection due par le mari à sa femme.

Pourvoi et arrêt de rejet. Le demandeur en cassation essaya de nouveau de se prévaloir de la jurisprudence française sur le domicile. La cour décide qu'aucune loi n'exige que l'étranger obtienne l'autorisation du gouvernement pour acquérir un domicile en Belgique, que l'article 13 du code Napoléon est relatif à la jouissance des droits civils, et que s'il n'accorde cette jouissance à l'étranger que moyennant une autorisation du gouvernement de s'établir en Belgique, il ne s'ensuit pas que l'étranger ne peut avoir un domicile pour l'exercice de ses droits privés. Je laisse de côté cette partie de l'arrêt, excellemment motivée, puisque en Belgique la question n'est plus douteuse.

Le pourvoi soutenait encore que l'arrêt attaqué avait violé l'article 3 du code Napoléon, non directement, mais dans sa combinaison avec les articles 14 et 15. Je trouve

ce moyen tellement étrange, que je me crois dispensé de reproduire la réfutation solide que la cour en a faite ; il suffira d'extraire de l'arrêt les principes qui ont quelque rapport avec l'objet du débat. L'article 3 définit le statut personnel; il en résulte que les tribunaux belges doivent apprécier l'état et la capacité de l'étranger d'après la loi du pays auquel il appartient; or la cour de Liége n'avait pas dit le contraire. En France, on va plus loin, et l'on décide que les tribunaux français ne devant juger que d'après les lois françaises, ils peuvent se déclarer incompétents dès qu'il faudrait appliquer une loi étrangère ; de sorte que le statut personnel aurait pour effet de rendre les tribunaux français incompétents. L'article 3 ne dit certes pas cela, et l'article 14 dit implicitement le contraire, puisqu'il déclare les tribunaux français compétents entre Français et étrangers, donc compétents pour connaître de l'état et de la capacité de l'étranger.

Le pourvoi prétendait encore que le droit d'ester en justice était un droit civil dans le sens de l'article 11 du code Napoléon, et il fondait ce moyen sur la souveraineté à laquelle les Belges seuls sont soumis et dont ils peuvent seuls réclamer les avantages. A cette conception étroite la cour oppose une autre notion de la puissance souveraine. La souveraineté ne borne pas son action aux seuls membres de chaque nation : instituée dans un intérêt de conservation, d'ordre et de justice, elle exerce son empire sur tout ce qui tient à l'ordre dans la société ; elle l'étend sur les étrangers, chaque fois qu'un refus de juger, au mépris des droits, entraînerait la subversion de la justice. Dans cet ordre d'idées, il est absurde de prétendre que le droit d'ester en jugement est un droit civil; ce droit tient à la conservation de la personne et des biens, c'est un droit de défense légitime, et à ce titre il dépend du droit des gens, donc il appartient à l'étranger aussi bien qu'à l'indigène. Sans doute ce droit est réglé par la loi, comme tous les droits; de là les lois de compétence qui sont les mêmes pour tous les justiciables, quelle que soit leur nationalité (1).

(1) Rejet, 3 août 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 1, 358).

Cet arrêt ne me laisse qu'un seul doute : l'esprit qui l'a dicté est-il bien l'esprit du législateur français de 1803? Pour les auteurs du code civil, la souveraineté n'est pas une mission, c'est un pouvoir qui s'étend sur toutes les parties du territoire, et sur les personnes, en tant qu'elles sont sujettes de l'Etat : question d'intérêt national. Le Tribunat, avant d'être mutilé par un coup d'Etat, aurait voulu que l'on tînt compte de la justice, disant que, dans les desseins de Dieu, ce qui est juste est aussi utile. Le premier consul exclut ces opposants, et n'écouta plus, en droit comme en politique, que la doctrine de l'utile, l'intérêt et la grandeur de la France. On sait à quoi aboutit la politique impériale : la plaie est encore saignante. La France mutilée ferait bien de se rappeler la belle maxime de Boissy d'Anglas : La justice avant tout!

61. L'arrêt de la cour de cassation insiste sur la question du domicile de l'étranger en Belgique, c'est le point essentiel, car de là dépend l'application du droit commun en ce qui concerne la compétence. Si l'étranger est domicilié en Belgique, indépendamment de toute autorisation royale, il faut nécessairement lui appliquer la règle fondamentale d'après laquelle le défendeur doit être assigné devant le tribunal de son domicile; les tribunaux belges seront ses juges naturels. On ne peut pas renvoyer l'étranger devant les juges de son pays, car par cela seul qu'il a un domicile en Belgique, il n'en a plus dans sa patrie, personne ne pouvant avoir deux domiciles. L'article 59 du code de procédure français devient donc forcément applicable, car si on ne l'appliquait pas, il en résulterait cette conséquence, que l'étranger ne pourrait être cité ni devant un tribunal français, ni devant un tribunal de son pays : ce qui aboutirait à un déni de justice légal. Que faut-il dire si l'étranger, sans domicile en Belgique, n'y a qu'une simple résidence? Ici il y a doute. L'article 59 met la résidence sur la même ligne que le domicile; il suppose que le domicile est inconnu. Dans ce cas encore, l'étranger doit être assimilé à l'indigène. Son domicile d'origine sera le plus souvent une fiction : une fiction suffit-elle pour que l'étranger cesse d'être justiciable des

tribunaux du pays où il réside? Légalement on peut le soutenir ; mais ce serait là un mauvais système, surtout en ce qui concerne les demandes en divorce ou en séparation de corps. Renvoyer la femme demanderesse à se pourvoir devant les tribunaux de la Pologne russe, pour des faits qui se sont passés en France, et qui ne peuvent être appréciés que sur des témoignages, c'est encore une fois aboutir, en fait, à un déni de justice.

Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles dans le sens de mon opinion. Une femme belge épousa à Bruxelles un Français; le mari quitta le domicile conjugal, il n'y reparut que deux fois pour quelques heures seulement; il résidait à Genève, où il obtint la naturalisation. Cet état de choses durait depuis six ans, lorsque la femme forma une demande en séparation de corps devant le tribunal de Bruxelles. Le premier juge se déclara d'office incompétent, par le motif que le défendeur n'avait jamais eu de domicile à Bruxelles qu'à raison de la résidence qu'il y avait établie, résidence qui n'existait plus depuis plusieurs années. Cette décision a été repoussée en appel. La cour constate que les époux ont établi à Bruxelles le siége de leur vie domestique et de leurs affaires, et, par conséquent, leur domicile réel, et que rien ne prouve que le mari ait entendu changer de domicile. En fait, il y avait une résidence plutôt qu'un domicile, et les motifs que la cour donne pour se déclarer compétente s'appliquent à la résidence autant qu'au domicile. C'est à Bruxelles, dit la cour, que les époux ont placé leurs personnes et leurs biens sous la protection des lois belges, et par conséquent, ils se sont soumis à l'autorité des tribunaux belges; c'est à Bruxelles qu'ils peuvent exercer, le mari, les droits de la puissance maritale et paternelle, la femme, les droits que lui donne la loi à la protection du mari. Au lieu d'être protégée par son mari, la demanderesse a été victime de sévices et d'injures graves; l'action en séparation qu'elle intente participe du droit de défense légitime : c'est un appel direct à la protection que la Constitution assure à l'étranger comme à l'indigène, dans l'intérêt de sa personne et de ses biens; cette protection, la femme

ne peut l'avoir que par l'intervention des tribunaux belges; en se déclarant incompétents, ces tribunaux priveraient la femme de la protection que la Constitution lui promet; ce serait, dans l'espèce, un véritable déni de justice, puisque la femme ne saurait devant quel tribunal elle devrait porter son action; la déclaration d'incompétence aurait pour conséquence d'éterniser la nécessité de la cohabitation, et d'exposer la femme aux dangers et aux scandales qui en résulteraient, au grand préjudice de l'ordre public en Belgique (1).

Toutes ces considérations s'appliquent à l'étranger résidant. Il faut en conclure que si la protection que la Constitution assure à l'étranger n'est pas un vain mot, elle doit aboutir à déclarer les tribunaux belges compétents dans tous les cas où l'étranger fait appel à leur protection pour sa personne et pour ses biens; la protection consistant essentiellement dans l'intervention de la justice, l'étranger simplement résident a droit à la réclamer, car la Constitution ne distingue pas entre la résidence et le domicile.

Il y a un arrêt récent de la cour de Bruxelles qui est plus restrictif. Le premier juge s'était déclaré incompétent, parce que le défendeur, ex-officier prussien, n'avait en Belgique ni domicile ni résidence : condamné par le tribunal correctionnel de Bruxelles à trois mois d'emprisonnement pour adultère, il avait quitté la Belgique, pour s'établir à Berlin. Si le mari avait une résidence suffisante à Bruxelles pour y être condamné du chef d'adultère, la protection que la Constitution garantit à la femme ne devait-elle pas avoir pour conséquence la prononciation du divorce? La cour de Bruxelles semble douter que les tribunaux belges soient compétents pour connaître d'une demande en divorce entre étrangers. « Lors même, dit-elle, que la justice belge pourrait connaître d'une action en divorce entre étrangers, ce ne serait jamais qu'à la condition que ceux-ci habitent la Belgique, qu'ils y aient leur principal établissement, et s'y trouvent ainsi domiciliés de

(1) Bruxelles, 28 mai 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 294).

fait; que c'est au moyen de ce tempérament que l'on concilie les conséquences juridiques de la nationalité étrangère avec la protection que la Constitution accorde aux étrangers qui se trouvent sur le territoire de la Belgique (1). »

Quelles sont ces *conséquences juridiques* de la *nationalité étrangère?* Est-ce l'incompétence des tribunaux belges entre étrangers? La jurisprudence de nos cours proteste contre cette doctrine. Est-ce l'incompétence à raison de la *question d'état?* Elle est également repoussée par la jurisprudence des cours de Belgique. Qu'est-ce que ce *tempérament*, qui concilie l'*incompétence* avec la *compétence*, et la restriction que la cour y met, en limitant la protection constitutionnelle aux étrangers *domiciliés de fait* en Belgique? La Constitution distingue-t-elle entre le *domicile* et la *résidence?* Et y a-t-il un *domicile de fait?*

On voit qu'il reste quelque chose de vague et d'indécis dans la jurisprudence de nos cours, si libérale en principe et si humaine. La nouvelle loi mettra-t-elle fin à ces incertitudes? Elle applique à l'étranger le principe qui régit les Belges, en assimilant la résidence au domicile. Bien que la loi ne s'explique pas sur le point de savoir ce qu'il faut entendre par domicile d'un étranger, il me paraît certain qu'elle a entendu appliquer à l'étranger le droit commun de l'article 102 : c'est la doctrine unanime de nos cours, et j'ajoute qu'elle est conforme au texte et à l'esprit de la loi. Partant la résidence, opposée au domicile, est l'habitation de fait, et cette habitation doit être entendue dans le sens large de la Constitution; il suffit que l'étranger *se trouve* en Belgique, pour jouir de la protection de nos tribunaux et pour devenir leur justiciable.

§ III. *Législation étrangère.*

62. La longue Etude que j'ai consacrée à la compétence des tribunaux français quand un étranger est en

(1) Bruxelles, 16 juin 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 2, 337).

cause n'a d'autre objet que de démontrer la nécessité de reviser le code Napoléon. Ce que je vais dire de la législation étrangère aboutit à la même conclusion. C'est à l'occasion des lois étrangères, comparées aux lois françaises, que, dans sa dissertation couronnée, Bonfils écrit ces paroles que je recommande aux jurisconsultes et aux législateurs français : « Il est à désirer que les affaires purement politiques laissent enfin quelque trève à nos gouvernants, qui leur permette de s'occuper d'une revision de nos lois civiles, revision partielle, mais indispensable, qui rajeunira le code Napoléon, œuvre magnifique et durable prise dans son ensemble, mais incomplète et susceptible de modifications partielles très importantes. L'étude des législations étrangères facilitera cette heureuse réforme (1). » J'ajouterai que lorsqu'on mettra la main à l'œuvre, on trouvera à réformer plus qu'on ne croit. Que la France ne tarde pas trop à mettre sa législation en harmonie avec les exigences de notre état social et de la civilisation moderne; sinon, elle pourrait être la seule à admirer le code Napoléon. Je ne suis pas un détracteur de la France, et, comme légiste, j'ai payé mon tribut de reconnaissance à son code civil; mais, chargé de préparer un avant-projet de revision du code qui régit encore la Belgique, je me suis aperçu qu'il y a bien des choses à y réformer. Les auteurs du code italien ont fait la même expérience, les changements qu'ils ont apportés au code français sont nombreux et considérables. Il y aura encore, je le crois, plus d'innovations dans le nouveau code des Belges. Que la France veuille bien tenir compte du progrès qui s'accomplit autour d'elle. La critique même que je me permets de faire de ses lois témoigne du respect que je lui porte.

63. Aux termes de l'article 15 du code Napoléon, un Français pourra être traduit devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger. J'ai dit que les auteurs du code

(1) Bonfils, *De la Compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, p. 128.

s'étaient prévalus de cette disposition pour en induire que la France traitait l'étranger avec la même bienveillance qu'elle témoigne à ses nationaux (n° 12). La justification est imprudente, elle témoigne contre le législateur français. Fœlix dit que le principe formulé par l'article 15 n'a jamais été contesté dans aucun Etat moderne (1). Il faudrait reculer jusqu'à la barbarie antique pour trouver des lois qui refusent l'accès des tribunaux aux étrangers, à raison des contrats qu'ils font avec des nationaux. Par contre, l'article 14 accorde au Français le privilége de traduire son débiteur étranger devant un tribunal de France, même pour des obligations contractées à l'étranger; privilége contraire à tout principe.

Bonfils dit que plusieurs codes étrangers ont adopté l'article 14 avec les autres dispositions du code civil : ce sont les nations qui ont été, pendant le premier empire, soumises à la puissance napoléonienne et qui, après leur séparation de la France, ont conservé sa législation civile, ou des nations qui, nouvellement constituées, ont emprunté leurs lois à la France, « croyant peut-être acquérir ainsi notre degré de civilisation (2). » Il y a de l'ironie dans ces paroles; j'ajouterai que si des peuples étrangers veulent imiter la culture française, ils feront bien de laisser là l'article 14 et tous les articles du code Napoléon qui concernent les étrangers : le code civil pousse l'égoïsme national jusqu'à la barbarie. Aussi l'article 14 a-t-il disparu des lois là même où les peuples jadis soumis à l'empire ont maintenu la législation française. Il en est ainsi dans les provinces rhénanes; il faut ajouter, ce qui ne fait pas honneur à la France, que le privilége de l'article 14 a été conservé contre les Français, à titre de rétorsion (3), comme jadis on pratiquait le droit d'aubaine en Allemagne, par mesure de représailles, notamment contre les Français : on commettait une injustice, traitée de barbarie par Montesquieu, pour se venger d'un pro-

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 282, n° 129 (4e édit.).
(2) Bonfils, *De la Compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, p. 95.
(3) Voyez le détail des législations étrangères, dans Bonfils, p. 96-99.

cédé injuste et barbare. Le nouveau code de procédure belge répudie ces débris de la barbarie antique et de l'égoïsme national. Comment se fait-il que le législateur néerlandais, si généreux pour l'étranger, n'en ait pas fait autant?

Je suis heureux de transcrire la critique très vive et très juste qu'un jurisconsulte d'Amsterdam a faite de l'article 14, reproduit par l'article 127 du code des Pays-Bas : « Une telle exception, dit M. Asser, à la règle *Actor sequitur forum rei*, n'est pas en harmonie avec l'esprit des législations modernes à l'égard des étrangers. On invoque les difficultés que la loi étrangère pourrait opposer au demandeur s'il voulait attaquer le défendeur étranger devant le juge naturel de celui-ci. Cette considération justifierait tout au plus une mesure de *rétorsion*, tandis que les codes français et néerlandais en font un principe. D'ailleurs, à mesure que l'on opère des réformes libérales dans les lois de procédure, les représailles deviendront inutiles. En tout cas, l'article 14 est une atteinte portée aux rapports de bon voisinage qui doivent exister entre les nations dans leur intérêt commun (1) ».

61. Le code Napoléon ne parle pas de la juridiction des tribunaux français à l'égard des étrangers. Que faut-il conclure du silence de la loi? La cour de cassation pose en principe que la justice n'est due en France qu'aux Français; elle renvoie les étrangers devant leurs juges naturels, ceux de leur domicile, et elle interprète le code civil de manière que les étrangers n'aient pas de domicile en France; et comme il arrive souvent que les étrangers n'ont plus d'autre domicile que leur résidence de fait en France, le renvoi devant leurs juges nationaux aboutit à un déni de justice. Il n'y a qu'un cri, hors de France, contre cet égoïsme national qui, en refusant la justice à l'étranger, détruit tout lien entre les sociétés humaines.

Un jurisconsulte hollandais, M. Asser, dit très bien que la compétence ne se détermine point par la nationalité

(1) Asser, Rapport sur la procédure civile, fait à l'Institut de Droit international (*Revue de droit international* de Rolin-Jaequemyns, t. VII, p. 368 et suiv.).

de ceux qui ont un procès ; elle dépend du fait juridique qui fait l'objet de la contestation ; si, en vertu de la nature de l'acte litigieux, l'action doit être portée devant le tribunal français, et si le juge renvoie les parties devant les tribunaux de leur pays, il les renvoie devant des tribunaux qui devront se déclarer incompétents ; donc, il en résultera un déni de justice. Le déni de justice, qui est un crime quand les justiciables sont des nationaux, devient-il un droit et une obligation pour le juge français lorsque des étrangers font appel à sa protection ? M. Asser se contente de dire que la doctrine française est contraire au droit des gens (1) ; il faut entendre le mot dans sa plus large acception, comme droit des gens naturel et comme droit des gens positif. Considérer la justice comme un droit et un devoir limité aux nationaux, c'est nier qu'il y ait un lien juridique entre les peuples; c'est, par conséquent, nier l'existence d'un droit des gens et retourner à la barbarie antique. Il y a aussi un droit des gens positif; je l'ai déjà invoqué contre la doctrine française, et tous les auteurs qui ont écrit sur le droit international privé constatent ce fait, qui est une honte pour la France, qu'elle seule pratique la doctrine inhospitalière qui exclut l'étranger de la justice, alors que l'étranger, précisément à raison de sa faiblesse, devrait jouir d'une protection plus grande.

65. Le législateur italien a procédé d'après le principe formulé par Asser en déterminant les cas dans lesquels, à raison de la nature du fait litigieux, l'action doit être portée devant un tribunal italien. D'après le code de procédure (art. 105 et 106), l'étranger domicilié ou résidant en Italie peut être assigné devant les tribunaux italiens, et l'on entend par domicile le domicile de droit commun, le lieu où l'étranger a son principal établissement; la jurisprudence française est la seule qui ait imaginé un domicile subordonné à l'autorisation du gouvernement. Je dis qu'elle l'a imaginé, car il n'existe pas dans le code ; il a

(1) Asser, Rapport fait à l'Institut de Droit international, t. VII, p. 367 et 368. — *Idem*, Schets van het *Internationaal Privaatregt*, p. 103-105.

fallu faire dire aux textes autre chose que ce qu'ils disent pour y trouver ce prétendu domicile légal. Les tribunaux italiens sont encore compétents à raison de la résidence ; et la loi prend ce mot dans sa plus large acception ; il suffit que l'étranger soit résident, quoique, lors de l'assignation, il ne se trouve pas en Italie et alors même qu'il n'aurait pas de résidence proprement dite, c'est-à-dire continue, il peut être assigné devant un tribunal italien, s'il se trouve en Italie et que l'assignation soit donnée à sa personne. C'est, à mon avis, le vrai principe, celui de la justice universelle et de la compétence du juge, là où le défendeur se trouve.

Les tribunaux italiens sont encore compétents quand la chose qui fait l'objet du litige est située en Italie, sans distinguer si elle est mobilière ou immobilière : le code italien a abandonné cette distinction surannée qui, dans notre état social, n'a plus de raison d'être. S'il s'agit d'une obligation contractée en Italie par un étranger ou devant y recevoir son exécution, ou si le fait, objet du litige, a été accompli dans le royaume, l'étranger est encore justiciable des tribunaux italiens, quoique non domicilié ni résident. Enfin, l'étranger devient justiciable des tribunaux d'Italie quand les Italiens peuvent être assignés devant les tribunaux du pays auquel il appartient : c'est le principe de réciprocité, mauvais principe, mais qui, dans la législation italienne, n'est qu'une règle accessoire (1).

Le code de procédure belge est basé sur le même principe. Déjà la jurisprudence des cours de Belgique avait placé les étrangers sur la même ligne que les nationaux, en admettant comme attributifs de compétence le domicile de droit commun, et, à défaut de domicile, la résidence. Elle appliquait aussi à l'étranger la disposition de l'article 420 du code de procédure. J'ai longuement développé cette matière, parce que la jurisprudence de nos tribunaux révèle chez la nation un esprit plus large et plus généreux que celui qui inspire la justice française.

66. L'Allemagne ne connaît pas non plus ce patrio-

(1) Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 220-224.

tisme étroit. Au milieu des ténèbres du moyen âge, alors que tous les peuples de l'Europe, pour mieux dire, les petits souverains féodaux dépouillaient les étrangers, le grand empereur Frédéric les déclara capables de succéder et de transmettre leurs biens par hérédité. C'est ce même cosmopolitisme qui anime encore les Allemands au dix-neuvième siècle. Savigny a montré aux jurisconsultes l'idéal dont ils doivent poursuivre la réalisation, la communauté de droit entre les nations. Et comment le droit serait-il commun, si la justice était parquée dans les limites étroites de chaque Etat? C'est le principe contraire qui règne dans la science et dans les lois; l'étranger est assimilé à l'indigène, on ne distingue pas entre les justiciables. Je renvoie à Fœlix pour les détails (1). C'est à l'occasion de la compétence des tribunaux nationaux à l'égard des étrangers qu'un légiste autrichien a écrit ces paroles : « Les lois d'une nation relatives aux étrangers constituent la mesure de sa civilisation. La législation autrichienne se distingue particulièrement par son esprit libéral et humain (2). » Que devrait-on dire de la France, si on lui appliquait cette mesure? Qu'elle est sinon le plus barbare, du moins le plus égoïste des peuples. Cette accusation serait injuste; mais il est certain que la France pèche par le dédain des choses étrangères, et à force de les dédaigner, elle les ignore. La France est toujours très convaincue qu'elle tient, par sa législation, le premier rang dans le monde civilisé. Il n'en est rien. Les peuples mêmes qui doivent leurs codes à la France l'ont devancée en les revisant. Il est temps qu'elle laisse là son culte pour le code Napoléon, l'idolâtrie est toujours mauvaise; et à force de se croire parfait, on finit par être horriblement imparfait.

67. Le droit anglais brille par son imperfection, précisément parce que c'est un droit immuable; il est encore, quant aux principes, ce qu'il était du temps de Guillaume

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 310-311 de la 4e édition.

(2) Le comte Barth-Barthenheim, *De l'Administration publique en Autriche*, t. Ier, p. 100, § 95.

(2) L'article 16 du code Napoléon a été supprimé dans le Grand-Duché de Bade (*Bingner, Badisches Civilgesetzbuch*, p. 16).

le Conquérant. Toutefois le vieux chêne qui date du onzième siècle est attaqué dans ses racines, il tombera. L'Angleterre, par son commerce, est cosmopolite; l'exclusion de l'étranger est inalliable avec des relations qui s'étendent sur le monde entier. Jusqu'à nos jours, l'étranger ne pouvait être propriétaire d'une parcelle du sol anglais. Cette barrière est renversée, les autres s'écrouleront aussi.

On reproche, et avec raison, aux Anglais la distinction qu'ils font entre l'étranger *ami* et l'étranger *ennemi*. L'étranger *ami* est celui qui appartient à une nation avec laquelle l'Angleterre est en paix; l'étranger devient *ennemi* dès qu'il y a guerre entre son pays natal et la Grande-Bretagne. Est-il *ami*, il jouit du bienfait de la justice anglaise; mais pour l'étranger *ennemi*, il n'y a ni droit, ni justice : c'est, à la lettre, la loi barbare des XII Tables qui le régit, et je ne sais si la barbarie anglaise ne dépasse point la barbarie romaine. Les droits de l'étranger *ennemi* sont suspendus pendant toute la durée de la guerre; il est à peu près mort civilement, plus que cela, car, d'après le code Napoléon, les condamnés pouvaient au moins contracter : l'étranger *ennemi* ne le peut pas; s'il passe un contrat pendant la durée de la guerre, il n'en pourrait poursuivre l'exécution après la paix; la convention est inexistante. Une assurance avait été souscrite par un étranger *ennemi;* il a été jugé qu'elle ne donnait lieu à aucune action. Lord Kennyon dit, au nom de la cour, que l'on ne trouvait pas, dans les annales de la justice anglaise, un exemple d'une action qui eût été soutenue en faveur d'un étranger *ennemi* (1). Voilà l'immutabilité de la tradition : du temps de Guillaume le Conquérant, il n'y avait pas de justice pour l'étranger, donc il ne peut pas y en avoir au dix-neuvième siècle. La barbarie se perpétue. Vainement les auteurs enseignent-ils que la guerre se fait, non plus entre individus, mais entre nations, que les particuliers ne sont plus ennemis, bien que les Etats

(1) Le Baron, le *Code des étrangers*, p. 143. — Bonfils, *De la Compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, p. 205, n° 241.

le soient; au onzième siècle, l'étranger était *ennemi*, donc il doit l'être jusque dans l'éternité, à moins que le Parlement ne finisse par abolir la *common law* (1).

On s'étonne, dit Bonfils, de trouver de pareilles lois chez un peuple qui marche à la tête des nations civilisées dans la voie de la liberté. Les Anglais pourraient répondre en citant un arrêté du premier consul qui est tout aussi barbare, j'allais dire, tout aussi sauvage. Bonfils lui-même le rapporte. L'arrêté du 9 messidor an XI défend d'admettre devant les tribunaux français aucune action ayant pour objet le payement des obligations contractées par des Français envers des Anglais, il suspend les instances commencées, il prohibe l'exécution des jugements rendus. La colère et la haine sont de mauvaises conseillères, et le pouvoir absolu est le plus mauvais de tous. Si le premier consul avait écouté la voix de la nation représentée par le Tribunat, il n'aurait jamais signé un décret pareil, qui est une souillure pour la législation française. Il faut ajouter, hélas! que les peuples ne paraissent pas encore avoir le sens de la justice qui doit régner au sein de l'humanité.

68. Les Etats-Unis suivent, en général, la *common law d'Angleterre*. Il est donc inutile de s'arrêter au droit américain. Toutefois une remarque faite par Story, le célèbre légiste, mérite qu'on la relève. Après avoir constaté le principe que la jurisprudence française a consacré concernant l'incompétence des tribunaux entre étrangers, il ajoute que cette matière appartient à la *police municipale* et à la *convenance*, et que chaque nation est maîtresse de faire chez elle ce qu'elle juge convenable (2). Cette doctrine, si doctrine il y a, est bien plus funeste que le décret du premier consul et la *common law;* car elle rend impossible la réalisation de l'idéal de notre science, dont elle est, à vrai dire, la négation. La jurisprudence française refuse de rendre justice aux étrangers, elle n'admet donc aucun lien de droit entre les peuples : chacun pour soi. Et

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 493, nos 738 et 739.
(2) Story, *Conflict of laws,* p. 684, no 542, de la 7e édition).

Story vient nous dire que cela ne regarde pas le droit international privé, que c'est une affaire de *statut municipal!* Quoi! la justice que l'on refuse à l'étranger, l'abandon où on le laisse, sont des questions de statut municipal, c'est-à-dire de ménage intérieur, dont notre science n'a pas à s'occuper! Je renvoie l'auteur américain à Savigny : la communauté de droit est le but que notre science poursuit, et peut-il être question d'une communauté de droit là où il n'y a pas de communauté de justice? Qu'est-ce que le droit sans la justice? Un vain mot. Voilà à quoi aboutit le système de la *courtoisie* qui domine chez les légistes anglo-américains : chaque nation fait ce qui lui plaît. J'ai dit et répété, dans le cours de ces Etudes, que la courtoisie est un beau nom qui déguise une très vilaine chose, l'intérêt, ce qui, entre nations surtout, signifie l'égoïsme. Nous en avons la preuve dans la matière de l'incompétence. En exposant la jurisprudence française, j'ai signalé à chaque pas l'égoïsme qui isole les peuples, tandis que notre science doit les unir. Et voilà Story qui donne la main à l'égoïsme national et le légitime au nom de la *comitas*. La conséquence est la condamnation de la doctrine d'où elle émane. Ce n'est pas la courtoisie ni la convenance qu'il faut donner comme bases au droit civil international, c'est le droit, et la justice sa compagne : la justice ne connaît pas de limite nationale, elle est universelle de son essence, et quand une grande nation comme la France veut la restreindre à ses nationaux, il faut lui dire et lui crier qu'elle a tort, et qu'elle doit se hâter de mettre sa législation en harmonie avec le droit des gens, si elle veut maintenir son rang parmi les peuples civilisés. Les jurisconsultes sont les prêtres de la justice; ils ont le droit et le devoir d'élever la voix contre les nations qui la violent.

§ IV. *Des mesures exceptionnelles auxquelles les étrangers sont soumis en matière de procédure.*

69. Les étrangers ont longtemps été soumis à des mesures exceptionnelles en matière de procédure.

La loi du 10 septembre 1807 porte : « Tout jugement de condamnation qui interviendra au profit d'un Français contre un étranger non domicilié en France, emportera la contrainte par corps. » C'est un nouveau privilége pour les Français, une nouvelle inégalité au préjudice de l'étranger. L'orateur du gouvernement essaye de la justifier. « Les étrangers, dit Treilhard, sont accueillis avec faveur sur cette terre hospitalière. » S'il en est ainsi, les mœurs des Français valent mieux que leurs lois, et il faudrait se hâter de mettre le code en harmonie avec les mœurs. « Le Français, naturellement confiant et sensible, se livre avec une facilité que la prudence n'avoue pas toujours : faut-il qu'il devienne victime de sa bienfaisance? » Mauvaises raisons. Je doute fort qu'il se soit jamais trouvé un créancier français qui ait traité avec son débiteur étranger par un sentiment de *bienfaisance*. Le créancier se montre facile en traitant, parce qu'il espère d'être payé, et par sa facilité il entraîne le débiteur à contracter des engagements que celui-ci ne peut pas remplir. Alors le rôle de *bienfaiteur* fait place à celui de *geôlier;* le créancier prive le débiteur du plus grand des biens, de la liberté; il le fait emprisonner, plus souvent par vengeance que dans l'espoir d'être payé. Supposons qu'il n'y ait qu'imprudence; est-ce que la loi doit venir au secours d'un créancier imprudent? S'agit-il d'un mineur, d'un incapable? Non, le créancier jouit de sa pleine capacité; dès lors c'est à lui de veiller à ses intérêts; le législateur lui rend un très mauvais service en favorisant son imprudence. Il doit, au contraire, engager les hommes à être prudents; c'est la première qualité requise en affaires, et il n'y a qu'un moyen de leur donner l'habitude de la prudence, c'est de les rendre responsables de leur imprudence. Treilhard ajoute que le véritable intérêt des étrangers s'accorde avec une mesure de rigueur, sans laquelle ils ne trouveraient peut-être pas aussi facilement les secours dont ils ont besoin dans des circonstances urgentes. Ce second motif n'est guère en harmonie avec le premier : le créancier n'agit plus par bienfaisance, il spécule sur la rigueur de l'emprisonnement pour rendre service à l'étran-

ger : ne serait-ce pas, en définitive, dans son propre intérêt que le créancier traite? C'est bien là la réalité des choses. Qu'on laisse donc là la bienfaisance et les mœurs hospitalières, et que l'on avoue que le créancier remplit le rôle du Juif dans le *Marchand de Venise* de Shakespeare :

Reste à savoir si la loi doit prêter son appui à la cupidité et à la vengeance du créancier. Treilhard ne parle que de l'intérêt des parties : pas un mot de la liberté, que la Déclaration de 1789 proclamait inaliénable. Est-ce que les droits d'un créancier peuvent être mis en parallèle avec la liberté de l'homme? Un jurisconsulte italien, Lomonaco, dit très bien que la contrainte par corps est une marque de barbarie (1). Elle suppose que le débiteur engage sa personne, que c'est son corps qui devient le gage de ses créanciers et que ceux-ci peuvent, au besoin, se le partager. Voilà la contrainte par corps dans sa première forme et dans toute son atrocité; elle est restée la même, au fond, quand la vengeance privée est devenue une voie légale; c'est toujours cette fausse idée que le débiteur, en s'obligeant, engage la liberté de sa personne, tandis qu'il n'engage que ses biens, la liberté ne pouvant pas même faire l'objet d'un contrat. C'est en ce sens que j'écrivais en 1868, en parlant de la loi de 1807, dans le premier volume de mes *Principes de droit civil,* que je croyais inutile de discuter les motifs donnés par Treilhard, espérant que l'emprisonnement pour dettes ne souillerait plus longtemps notre législation. Qu'on me permette de rappeler que, dans les premières pages que j'ai écrites en 1836, je demandais la suppression de la contrainte par corps : à cette époque j'étais à peu près seul de mon avis, et les légistes, hommes positifs, haussaient les épaules sur cette idée d'un jeune homme. L'idée a fait son chemin, et aujourd'hi l'emprisonnement pour dettes n'existe plus. Je reconnais volontiers que la France nous a devancés; il a fallu en Belgique une longue lutte entre l'esprit nouveau et l'esprit conservateur avant de conquérir la liberté du

(1) Lomonaco, *Diritto civile internazionale.*

débiteur. Si je rappelle le passé, c'est comme encouragement pour ceux qui puisent leurs inspirations dans l'avenir. On traitera aussi d'utopie le principe qui sert de base à ces Etudes, la communauté de droit entre les peuples. Non, ce n'est pas une utopie, c'est un idéal, et si, comme j'en suis fermement convaincu, cet idéal est l'expression de la justice éternelle, il se réalisera en dépit de toutes les résistances. La contrainte par corps était pratiquée universellement il y a une vingtaine d'années : aujourd'hui ce n'est plus que de l'histoire. Ce n'est pas ici le lieu de l'écrire. Je me borne à constater que, dans notre nouveau code de procédure, la contrainte par corps a disparu, ainsi que toutes les mesures exceptionnelles que les lois des divers pays autorisaient contre l'étranger. Bientôt le mot d'étranger sera effacé de nos lois : ce sera un pas décisif vers cette communauté de droit que Savigny a proposée comme loi des relations entre les peuples.

70. La loi du 10 septembre 1807 permet au président du tribunal d'ordonner l'arrestation provisoire de l'étranger avant le jugement de condamnation. Si l'on admet que le débiteur a le droit d'engager sa liberté, l'arrestation provisoire devient un préliminaire légitime de l'emprisonnement. En effet, dit Treilhard, l'étranger peut disparaître d'un moment à l'autre sans laisser aucune trace. La loi doit donner une garantie au créancier contre un débiteur de *mauvaise foi*. Toujours la même erreur : la loi n'a pas à intervenir dans les conventions d'intérêt privé. C'est le créancier qui dicte la loi; qu'il stipule des sûretés, si le débiteur ne présente pas des garanties de solvabilité, et si le débiteur ne peut pas en fournir, le créancier peut et doit refuser de traiter. Tous les jours il arrive que le créancier contracte avec un débiteur à peu près insolvable; il impose, à défaut de sûretés, des conditions d'autant plus rigoureuses. Ce sont des contrats aléatoires; le créancier doit supporter les mauvaises chances puisqu'il profite des bonnes. Treilhard avoue que la rigueur de l'arrestation provisoire n'est pas toujours sans inconvénients. Ce n'est pas assez dire, la loi est injuste en infligeant une véritable peine à l'étranger sur un simple soupçon de mauvaise foi

et avant toute condamnation : tout est sacrifié à l'intérêt du créancier français. L'orateur du gouvernement cherche à excuser la rigueur de cette mesure exceptionnelle ; il dit qu'elle est accompagnée de toutes les précautions qui peuvent prévenir les abus. Treilhard ne voit pas que la mesure elle-même est un abus : l'emprisonnement, sans qu'il y ait un délit à charge du débiteur, est un attentat à la liberté ; il n'y a point de correctif qui puisse l'excuser : c'est la mesure même qu'il faut abolir. Logiquement elle doit disparaître avec la contrainte par corps, puisque c'est une contrainte préventive. Elle existait dans tous les pays, de même que l'emprisonnement pour dettes : c'est seulement quand elle sera effacée de nos codes que l'on pourra dire que l'étranger est libre comme le regnicole.

71. Il y a une dernière mesure exceptionnelle contre l'étranger demandeur quand le défendeur est Français. L'article 16 du code Napoléon la consacre en ces termes : « En toutes matières, autres que celles de commerce, l'étranger qui sera demandeur sera tenu de donner caution pour le payement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le payement. » C'est ce qu'on appelle la caution *judicatum solvi*. Boulay, l'orateur du gouvernement, se borne à dire, dans le premier exposé des motifs, que c'est une mesure de sagesse qui se trouve dans toutes les législations (1). C'est une assez mauvaise raison quand on fait un nouveau code. Toutes les législations consacraient aussi la contrainte par corps : elle n'en était pas moins une violation de la liberté. Boulay ne dit rien pour justifier la différence que le législateur met entre les matières civiles et les matières commerciales. L'orateur du Tribunat cherche à l'expliquer. « La prompte expédition des affaires de commerce, dit-il, importe trop à la fortune publique pour qu'on puisse les environner de formalités ou de difficultés nouvelles (2). » Voilà encore une fois un de ces préjugés

(1) Boulay, Exposé des motifs, n° 18 (Locré, t. Ier, p. 426, de l'édit. belge).
(2) Gary, Discours, n° 11 (Locré, t. Ier, p. 476).

traditionnels que les auteurs du code Napoléon ont eu tort de respecter. Pourquoi les affaires civiles auraient-elles le privilége de traîner en longueur par les embarras et les difficultés que l'on permet au défendeur de susciter à chaque pas de la procédure? Y a-t-il une autre justice en matière civile qu'en matière commerciale? De fait il y en a deux. Les procès de commerce se jugent avec rapidité, au grand avantage non seulement du créancier, mais aussi du débiteur, car c'est celui-ci qui, en définitive, supporte les frais. Serait-il de l'essence de la justice civile d'être embarrassée de formes qui ne profitent qu'aux gens de loi? Cependant cette étrange théorie règne encore dans tous nos codes de procédure. L'article 16 du code civil est contradictoire dans les termes. La stricte exécution des engagements commerciaux est l'âme du commerce : si malgré cela on dispense le demandeur de l'obligation de fournir caution, c'est que cette mesure exceptionnelle n'est pas nécessaire aux relations commerciales; à plus forte raison est-elle inutile dans les affaires civiles, où les parties peuvent stipuler des garanties réciproques qui les mettent à l'abri de tout dommage.

Il y a encore une autre disposition traditionnelle dans l'article 16, que l'on est étonné de retrouver dans toutes les parties du code Napoléon. L'étranger demandeur ne doit pas fournir caution quand il possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le payement des frais et dommages-intérêts. Et il devrait donner caution s'il possédait un riche mobilier, ou si, par sa position, il offrait toute garantie d'honneur et de solvabilité. Le roi de Grèce a été obligé de fournir la caution *judicatum solvi* comme demandeur devant un tribunal anglais. J'admire cette égalité qui met sur la même ligne le roi et le sujet. Mais la loi n'en est pas moins absurde. Si l'étranger a une fortune mobilière, que le créancier peut saisir d'un instant à l'autre, pourquoi le forcer à donner caution?

Cependant telle est l'influence de la tradition sur les légistes que la caution *judicatum solvi* passe d'un code ancien à un nouveau code, sans autre raison sinon que

cela doit être parce que cela est. Le code de procédure néerlandais l'a maintenue (1), sans doute pour le motif que donnait Boulay : c'est une mesure de sagesse qui se trouve dans toutes les législations. Se trouve-t-elle dans tous les codes parce qu'elle est sage? ou est-elle sage parce qu'elle se trouve dans tous les codes? C'est certainement cette dernière manière de voir qui domine chez les légistes appelés à faire les lois. En les voyant si routiniers, on est tenté de demander, comme l'avait décrété la Convention Nationale, que les codes soient préparés par une commission de philosophes. Pour mieux dire, les jurisconsultes devraient être des philosophes, c'est-à-dire nourris d'études littéraires et philosophiques. Voilà un vœu qui menace de devenir plus utopique que celui d'une communauté de droit entre les peuples. Cependant c'est dans l'intérêt même de l'idéal de notre science que je le forme. Quel est le grand obstacle que rencontre la réalisation de notre idéal? Montaigne dit que la puissance des lois tient à un fait, c'est qu'elles existent, et on les maintient par la même raison. C'est ce traditionnalisme aveugle qui domine dans le code civil et qui est son grand défaut. Pourquoi rencontrons-nous à chaque pas, comme un obstacle insurmontable, la *common law* des Anglo-Américains? C'est que chez eux, plus que partout ailleurs, règne l'aveugle culte du passé. Leur tradition remonte jusqu'à la conquête anglo-normande : on croirait que c'est une raison décisive pour la modifier, afin de la mettre en rapport avec un état social qui n'a plus rien de commun avec les idées et les sentiments du onzième siècle. Du tout, plus la tradition est antique, et partant absurde, plus elle a de puissance. Il en résulte que la science des lois consiste à connaître les précédents : cela a été jugé ainsi, donc on doit toujours juger de même jusqu'à la fin des siècles. La science n'est autre chose que la routine, et ce sont ces traditionnalistes, je n'ose pas dire les routiniers, qui siégent dans les assemblées législatives. On dirait un cercle

(1) Critiqué par Asser, *Schets van het Internationaal Privaatregt*, p. 27 et 28.

vicieux. Cela arrête certainement les réformes, mais cela ne les empêche pas. En dépit des partisans de la tradition, le progrès s'accomplit, car la vie consiste à marcher et à avancer toujours.

La caution *judicatum solvi* est abolie en Italie (1) et elle le sera par le nouveau code de procédure belge.

CHAPITRE II.

DES PERSONNES CIVILES.

SECTION Ire. — De la personnification ou de l'incorporation.

§ I. *Objet de l'incorporation.*

72. Le terme de *personne civile* ne se trouve pas dans le code Napoléon; il n'était pas usité dans l'ancien droit, pas même dans la doctrine. Quand on remonte à la tradition dans cette importante matière, on est très étonné de ne pas même rencontrer dans les Recueils de jurisprudence, tels que ceux de Merlin (Guyot) et de Denizart, la rubrique de personne civile ou morale ou le mot de corporation. Les créations de la loi auxquelles on a donné le nom de *personnes* abondaient cependant dans l'ancien ordre de choses; l'Europe était couverte de monastères, et chaque couvent jouissait du privilége de personnification, comme on dit aujourd'hui : anciennement on les désignait sous le nom de *mainmorte* ou *gens de mainmorte*. S'il était permis de choisir un terme technique, je donnerais la préférence à cette dernière dénomination, elle rappelle tout ce qu'il y avait d'abus et de dangers dans la mainmorte ecclésiastique, et ces abus et ces dangers subsistent dans les pays où domine le catholicisme. Abolie par les lois de la révolution, la mainmorte religieuse s'est reconstituée illégalement, elle brave la justice en inventant tous les jours de nouvelles fraudes, et les législateurs restent les bras croisés devant la violation permanente de la loi :

(1) Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 158 et note *a*.

autant vaudrait abdiquer aux pieds de l'Eglise. Il est vrai que, dans les temps modernes, il s'est formé une autre espèce d'incorporation; c'est le mot anglais, et c'est surtout dans les pays de race anglo-saxonne que les corporations commerciales, industrielles, littéraires, scientifiques, se sont multipliées à l'infini, avec l'agrément de l'Etat et en vertu de la loi. Si l'on ne considère que les idées, la mainmorte moderne n'a rien de commun avec la mainmorte catholique, pas plus que le commerce, l'industrie, la science, et même la religion ont quoi que ce soit de commun avec le monachisme et, ce qui l'accompagne nécessairement, l'ignorance, la paresse, la mendicité, le fanatisme et les ténèbres de l'intelligence et de l'âme. En apparence, c'est le contre-pied absolu. Toutefois pour avoir un but différent, la mainmorte moderne n'est pas exempte de dangers et d'abus. Je ne parle pas des sociétés de commerce et d'industrie, qui trop souvent deviennent un moyen de faire des dupes en attirant dans des entreprises plus que hasardeuses les petits capitaux, fruit de longues épargnes, par l'appât d'un bénéfice impossible. On pourrait dire que la cupidité jointe à l'imprudence sont punies par où elles ont péché. Ce n'est pas là le plus grand danger des corporations; dans cette matière les bons sentiments peuvent être exploités aussi bien que les mauvais. C'est au nom de la charité qu'ont été fondées et que se fondent encore les innombrables corporations religieuses qui sont la lèpre des pays catholiques. Ici il y a également des dupes, ce sont les donateurs et les testateurs auxquels une Eglise avide de domination et de richesses vend un ciel imaginaire en retour des biens dont elle dépouille les familles auxquelles, dans l'ordre de la nature et dans l'intérêt de la société, les biens devraient être transmis.

Je laisse de côté les corporations où il n'y a que des trompeurs et des dupes : c'est une immense exploitation de la bêtise humaine, et elle a pour objet de perpétuer cette même ignorance avec tous les maux qui l'accompagnent. Les corporations qui se répandent en Angleterre et aux Etats-Unis, dans les pays les plus libres et aussi

relativement les plus éclairés du monde, ont un objet tout contraire, celui du développement intellectuel et moral. C'est dans un but scientifique, littéraire ou religieux, sans aucun mélange de cupidité et d'exploitation, que les hommes s'associent pour unir leurs efforts et demandent à être incorporés, afin d'assurer la durée et la prospérité de leurs entreprises. Quoi de plus louable que cet esprit, et de plus utile pour le progrès dans toutes les faces de l'activité humaine? Néanmoins ces corporations présentent aussi des dangers, et les abus ne manquent point. Si l'on faisait l'histoire des fondations si nombreuses dont le but est l'instruction, l'éducation en même temps que la religion, on serait épouvanté des abus qu'elles ont entraînés, en même temps que l'on admirerait les excellents sentiments des fondateurs. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans ces détails. Je me borne à citer un fait que personne ne saurait contester. A leur origine, toutes les universités étaient incorporées, elles ont perdu ce caractère sur le continent; elles l'ont conservé en Angleterre. Il n'y a pas d'universités en Allemagne qui soient aussi richement dotées que celles d'Oxford et de Cambridge, et faut-il demander où la vie intellectuelle a le plus de puissance? Là où règne la liberté la plus illimitée, l'individualisme le plus absolu; tandis que la vie s'immobilise au sein des corporations. Créées dans un esprit de perpétuité, l'esprit qui les a fondées les inspire encore aujourd'hui; or, l'idée de perpétuité et celle de progrès sont inalliables. De là d'inévitables abus. A mon avis, l'abus est dans l'idée même de perpétuité. L'homme, créature d'un jour et aspirant à l'immortalité, voudrait s'éterniser même dans ce monde et vivre encore après sa mort de la vie dont il a vécu. C'est éterniser sa faiblesse plus que sa grandeur, car sa grandeur consiste dans sa perfectibilité infinie, ce qui implique aussi une imperfection éternelle; or, en voulant se survivre dans les corporations auxquelles il concourt, l'homme perpétuerait ses conceptions nécessairement imparfaites, et il arrêterait le progrès. Ce qui était relativement bien pendant sa vie, quoique mêlé d'erreur, devient un mal quand ces idées s'incorporent dans une

personne qui ne meurt pas. Que l'on s'imagine ce que serait devenu le genre humain s'il s'était incorporé dans le premier homme! La théologie catholique a imaginé quelque chose de semblable en rendant l'humanité solidaire du péché d'Adam, lequel en a infecté toute sa postérité. L'incorporation aurait produit un mal plus grand encore que le péché originel : l'espèce humaine arrêtée dans son développement au moment même où Dieu l'appelait à la vie. C'eût été une vie équivalente à la mort.

73. S'il y a un vice inhérent à l'incorporation, l'idée de perpétuité, on se demande pourquoi il y a des personnes incorporées, quel que soit le nom qu'on leur donne, gens de mainmorte, personnes morales, personnes civiles? Les personnes réelles, les individus ne suffiraient-ils pas pour accomplir la destination que Dieu a donnée à ses créatures, celle de leur perfectionnement illimité? On peut dire que, dans une certaine limite, l'incorporation est une nécessité. L'individualisme absolu, sans aucun lien de cohésion entre les individus, est la plus fausse des conceptions, pour mieux dire, elle est impossible, parce qu'elle est contraire aux lois de la création. J'ai dit, dans le cours de ces Etudes, que les nations sont de Dieu aussi bien que les individus. Dieu nous appelle à la vie dans le sein d'une famille qui nous rattache à la nation, dont, dans les vues de la Providence, nous sommes membres. Voilà le premier germe d'un corps et d'une incorporation. Les nations ne sont pas une simple agrégation d'individus, elles forment une unité, une société qui se distingue des autres sociétés humaines en se personnifiant dans l'Etat, lequel n'est autre chose que la nation personnifiée. Un des maîtres de notre science, Savigny, a appelé l'Etat une personne nécessaire. Le mot est profondément vrai. On ne conçoit pas qu'une nation existe sans organisation aucune; ce ne serait plus une nation, ce serait un assemblage d'individus qui n'auraient rien de commun, et pour lesquels la société n'aurait plus de raison d'être. L'individu abandonné à lui-même serait dans l'impossibilité de remplir sa mission; c'est la raison pour laquelle Dieu, en le créant, l'a fait membre de l'une des nations qui se parta-

gent la terre, afin qu'il trouve aide et appui dans le laborieux travail de son perfectionnement. On a dit que l'Etat devait abdiquer et travailler à son abdication. Rien de plus faux que cette hautaine formule. Loin que le cercle où l'Etat se meut aille en se rétrécissant, il s'élargit au contraire avec les progrès de l'activité matérielle, intellectuelle et morale; ce qui ne veut pas dire que l'Etat doive se mettre à la place de l'homme; c'est toujours l'individu qui reste le grand moteur de son perfectionnement; mais plus ses facultés s'étendent, plus il lui faut de protection dans l'intervention de l'Etat. Que l'on songe à tout ce que l'Etat a encore à faire dans le domaine de l'instruction et de l'éducation! Mais aussi, plus l'action de l'Etat s'étend, plus il est nécessaire qu'il constitue une personne civile, c'est-à-dire qu'il ait la jouissance des droits privés dont les individus jouissent. Que l'on compare l'action de l'Etat au dix-neuvième siècle avec celle qu'il exerçait au siècle dernier. Il ne se mêlait guère de l'instruction ni de la charité, il abandonnait ce soin à l'Eglise. Il a fini par s'apercevoir que l'Eglise profitait du monopole de l'enseignement pour ne pas enseigner ou pour enseigner très mal; et que si elle distribuait des aumônes à la porte de ses couvents, cette mauvaise bienfaisance avilissait les pauvres et menaçait de créer des peuples de mendiants. L'Etat a pris sur lui la charge d'âmes, œuvre immense qui s'agrandit à mesure que l'on y travaille. Le champ du développement matériel est tout aussi vaste. Qui aurait cru, il y a à peine cinquante ans, que l'Etat se ferait voiturier, et qu'il transporterait en une année plus d'hommes et de choses que jadis on ne faisait en un siècle?

Pour diriger tous ces services qui vont sans cesse en s'étendant, l'Etat doit être propriétaire, et il est de beaucoup le plus riche des propriétaires, sa fortune se chiffrera bientôt par milliards. L'Etat contracte tous les jours, tantôt stipulant comme créancier, tantôt promettant comme débiteur, et ses créances et ses dettes surtout prennent un accroissement qui aurait effrayé les vieux financiers. Les gens de mainmorte tenaient à leur incorporation pour recevoir à titre gratuit; l'Etat aussi peut être donataire

et légataire; si on lui fait peu de libéralités, c'est encore un effet de la bêtise humaine cultivée avec tant de soin par ceux qui n'ont d'autre mission que de l'exploiter, et que l'on paye pour cela! Toujours est-il que l'Etat finira par faire son profit de cette exploitation : les biens donnés ou légués à des corporations illicites appartiennent à l'Etat; s'il ne les revendique pas aujourd'hui, il les revendiquera demain : dans les desseins de Dieu, les moines accumulent des richesses qui, dans les mains de l'Etat, serviront à détruire la lèpre du monachisme en répandant la lumière à flots, et la lumière chassera les ténébrions comme le soleil chasse les ténèbres.

En disant que l'Etat est une personne nécessaire, Savigny ignorait probablement que, dans la république américaine, qui couvre la moitié d'un immense continent, l'Etat n'est pas une personne civile; du moins, en ce qui concerne la capacité de recevoir à titre gratuit. Il a été jugé qu'un legs fait au gouvernement des Etats-Unis est nul, en vertu du statut qui ne permet de faire de legs à une corporation que dans les cas où cette corporation est formellement autorisée à recevoir des libéralités (1). En Angleterre, au contraire, le roi est considéré comme une personne civile (2); cela tient sans doute au vieux régime où le roi était considéré comme le représentant de l'Etat. Il n'en serait pas de même dans les pays où le droit public repose sur une constitution qui divise les pouvoirs et restreint chacun dans les limites qu'elle lui assigne; en Belgique le roi n'est plus une personne civile.

74. Savigny range encore les communes parmi les personnes nécessaires; il va même jusqu'à dire qu'elles ont une existence naturelle, parce qu'elles sont pour la plupart antérieures à l'Etat dont elles forment les éléments constitutifs (3). Je n'oserais pas aller jusque-là. En théorie, on peut très bien concevoir que les fonctions attribuées aux communes soient remplies par le gouvernement

(1) *Journal du droit international privé*, 1874, p. 266.

(2) Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, t. I, p. 469, 7e édit. (1775).

(3) Savigny, *Traité de droit romain*, t. II, § 86, p. 239.

central, directement par des agents qu'il chargerait de ce soin. Ce serait une mauvaise organisation, à tous égards, mais peu importe; il n'en est pas moins vrai que le rôle de la commune ne saurait être comparé à celui de l'Etat; on ne dira pas des communes qu'elles sont de Dieu, comme on le dit des nations; les hommes quittent une commune pour en habiter une autre, sans qu'il en résulte aucune altération dans leur état, tandis que le changement de nationalité est un rare accident qu'on ne peut expliquer que comme une fiction, l'homme ne pouvant pas détruire l'œuvre du Créateur. Je n'admets la personnification de la commune que pour les intérêts exclusivement communaux; dans ce cercle étroit, elles doivent être autonomes, et remplacer l'Etat. Mais l'Etat a eu tort de conférer aux communes des attributions qui sont nécessairement d'intérêt général : telles sont la bienfaisance et l'instruction. Tout ce qui est d'intérêt national se rapetisse dans les communes : la bienfaisance publique ne s'y exerce point dans l'intérêt des pauvres, mais dans l'intérêt des habitants nés dans la commune : rien de plus mesquin que cet égoïsme de clocher. Que dire de l'enseignement? Il est vicié dans son essence dès qu'on le considère comme un intérêt local. Il faut voir de près l'inintelligence et l'étroitesse d'esprit, et on doit malheureusement y ajouter l'indifférence, qui règnent dans les administrations communales en matière d'enseignement, pour se faire une idée de ce que devient le plus grand intérêt de l'humanité, dans les mains de gens qui n'ont qu'un souci, celui de ne pas dépenser une pièce de cinq francs quand il est possible de la garder dans la bourse municipale! On voit par là que la commune n'est pas une personne naturelle, comme Savigny semble le dire; c'est une de ces corporations, investies d'une mission publique, dont l'action doit être strictement circonscrite dans les limites légales, si l'on veut que le but de l'incorporation soit atteint.

75. J'ai dit que le code n'emploie pas l'expression de *personne civile* ou *juridique*, ou, comme disent les Allemands, *personne morale :* il n'a pas de terme technique; quand il doit se servir d'un mot général, il dit *établisse-*

ments publics ou *établissements d'utilité publique*. Cela est significatif. Si le législateur crée, à côté des personnes réelles, des corporations ou des établissements auxquels il accorde la jouissance de quelques droits privés, c'est pour cause d'utilité sociale, parce qu'il trouve utile de les charger d'un service public, pour l'accomplissement duquel il leur faut une certaine capacité, des biens, des revenus, donc le droit d'acquérir et de posséder, et, notamment, le droit de recevoir à titre gratuit; et par voie de conséquence, le droit d'administrer et de contracter. Tels sont les établissements de charité, hospices, hôpitaux, bureaux de bienfaisance. Ce sont peut-être les plus anciennes corporations, car elles se confondaient jadis avec les corporations religieuses, le patrimoine de l'Eglise étant considéré comme le patrimoine des pauvres. Malheureusement parmi ces pauvres figuraient en première ligne les moines et les clercs, et ils absorbaient en dépenses improductives, parfois de luxe et de débauche, d'immenses richesses qui étaient perdues pour les familles, perdues pour la société, et qui, là même où elles étaient dépensées en œuvres de charité, perpétuaient la misère générale en soulageant des misères individuelles. Ici nous voyons le besoin de la perpétuité, qui légitime l'incorporation, en conflit avec les dangers et les abus qui en résultent. Domat nous dira pourquoi les établissements de charité doivent être perpétuels et, à ce titre, incorporés (1).

Après avoir expliqué les distinctions des différents ordres de personnes, il passe aux *communautés,* qui sont des *corps* composés de plusieurs personnes pour un *bien public,* et qui sont considérées comme tenant lieu de personnes, tant à cause de leurs *fonctions* qui sont propres à tout le *corps* que forme la communauté, qu'à cause qu'elles ont leurs biens, leurs affaires, leurs charges et leurs priviléges, comme ont les particuliers. Domat cite comme exemples les communautés des villes, qu'on appelle *corps de ville*, les corps des universités, et autres

(1) Domat, *le Droit public*, liv. I, t. XV, *Des communautés*.

qui sont des réunions de plusieurs personnes liées ensemble pour de *certaines fonctions qui se rapportent au bien public*. L'usage de ces sortes de corps et communautés a été naturel parmi les hommes, et a eu la même origine et les mêmes fondements que l'union de plusieurs familles, et même de plusieurs peuples, sous une même domination de monarchie ou de république. Car, comme c'est la *multitude des besoins* des *hommes* et la *nécessité* pour *chacun* du secours de plusieurs autres qui a formé les monarchies et les républiques, ces *mêmes besoins* ont rendu *nécessaires* des *liaisons* plus *particulières* de *plusieurs personnes* qui formassent des *corps* et *communautés* destinées à *différents usages pour le bien public*.

Ainsi des besoins, des nécessités de tout genre ont réuni les hommes en Etats, et, au sein de chaque Etat, en *corps* et *communautés*. Ces nécessités sont permanentes, de là la perpétuité des Etats et des corps qui s'y forment. C'est ce que Domat explique très bien pour les établissements de charité : « Dieu a mis tous les hommes dans une société qui fait un corps dont chacun est membre; d'où il suit que tous les biens étant destinés par sa providence pour leurs besoins, il est de la religion et de la police de chaque Etat que chacun y ait ce qui lui est nécessaire; car encore que tous les biens ne soient pas communs entre tous les hommes, il est toujours juste et nécessaire que chacun ait quelque part à des biens qui sont faits pour tous, et que personne ne manque d'en avoir au moins ce qui peut être nécessaire pour l'habitation, la nourriture et le vêtement. » S'il y a un besoin permanent, une nécessité perpétuelle, ce sont certes les besoins et nécessités qui se rattachent à la vie. Comment y pourvoir? Par des établissements où les pauvres sont reçus, ce qui leur permet de remplir les devoirs que Dieu leur impose et que Domat comprend dans un seul, la religion. Jésus-Christ dit qu'il y aura toujours des pauvres; il suit de là que les hôpitaux doivent durer toujours, de même que les nécessités pour lesquelles ils sont établis ne finissent point.

Domat concevait la charité comme la comprennent les

Pères de l'Eglise : une communication aux pauvres des biens de ce monde, dans les limites de leurs besoins, afin qu'ils puissent participer aux bienfaits de la religion, c'est-à-dire du perfectionnement spirituel. Une expérience séculaire a prouvé que cette notion de la charité est fausse, et nous souffrons encore aujourd'hui des vices de la bienfaisance catholique. Elle dégrade et avilit ceux qui en profitent. D'un autre côté, la religion, qui devait être le but, est devenu un moyen pour perpétuer la domination de l'Eglise ; encore au dix-neuvième siècle, la charité catholique n'est qu'un instrument de la guerre que l'Eglise fait à l'Etat. Que serait donc la charité publique si elle était restée religieuse? Un moyen de domination dans les mains d'une Eglise pour laquelle la religion n'est qu'un instrument. L'Etat, qui crée les corps et communautés, aurait donc prêté l'appui de son autorité à des établissements qui ruinent l'Etat en le subordonnant à l'Eglise.

Voilà comment l'idée de perpétuité vicie un des plus nobles sentiments de l'homme et altère les devoirs de la société. La Révolution a donc bien fait de séculariser la charité, et d'en faire une institution laïque. Malheureusement la fausse charité avait jeté de si profondes racines dans les esprits, que la bienfaisance laïque resta infectée des mêmes vices qui altéraient la charité religieuse. Domat avait raison de considérer la religion comme but et comme idéal de la charité, mais l'Eglise et à sa suite l'Etat oublièrent ces profondes paroles de Jésus-Christ : « Soyez parfaits comme votre Père dans les cieux. » La charité doit élever les hommes en les aidant à approcher de la perfection divine, tandis que l'aumône publique, aussi bien que l'aumône privée, dégrade les hommes et les avilit. En soulageant les misères individuelles, la charité ne doit pas perdre de vue que son grand objet est le perfectionnement, partant le travail, dans sa plus large acception, et le fruit du travail, la propriété, qui est une garantie de l'indépendance et de la liberté. C'est dire que la charité doit changer de nature. Et qu'est-ce qui l'empêche de se transformer? C'est précisément l'incorporation, qui perpé-

tue les idées et éternise les préjugés aussi bien que les institutions.

Quelle est la conclusion qu'il faut déduire de cet enseignement séculaire que nous donne l'incorporation de la charité? Il y a un besoin permanent auquel la société doit donner satisfaction, c'est l'éducation de l'homme. L'Etat, incorporation perpétuelle de la société, doit venir en aide à l'individu dans cette œuvre sans fin. Ce devoir devient plus strict, et l'appui est plus nécessaire quand il s'agit de la classe la plus nombreuse et la plus pauvre. On n'a songé jusqu'ici qu'à lui donner le pain du corps; c'était encore perdre de vue cette parole profonde que l'homme ne vit pas seulement du pain qui nourrit le corps, il lui faut la nourriture de l'âme, et si l'Etat veille à ce qu'il la reçoive, il n'aura plus besoin de mettre toute sa sollicitude à l'empêcher de mourir de faim. Développer l'intelligence et éclairer la conscience, voilà l'idéal nouveau de la charité. Quand l'Etat l'aura exercée pendant des siècles, comme on l'a fait pour la charité qui consiste en aumônes, il ne sera plus vrai de dire qu'il y aura toujours des pauvres; du moins le nombre des pauvres diminuera de manière que la pauvreté sera l'exception, et la propriété sera la règle. Ma conclusion est donc que le service de la charité se confond avec le service de l'éducation; loin de l'incorporer dans des établissements locaux, comme le fait notre législation actuelle, il faut la concentrer dans le ministère qui préside à l'enseignement et à l'éducation. Le but serait différent et les moyens aussi. L'immense patrimoine de la charité serait administré en vue de l'amélioration matérielle, intellectuelle et morale du peuple; il en résulterait non seulement une extinction progressive de la misère, mais aussi une plus juste répartition du patrimoine des pauvres; on ne verrait plus ici les pauvres mourir de faim, et là une surabondance funeste dans la bienfaisance, éteignant toute activité et abaissant la dignité humaine. Bref, je dis de la charité ce que j'ai dit en quelques lignes de l'enseignement, dont, en réalité, elle devrait être une dépendance : plus de corporations, mais des services publics.

76. Je me suis arrêté sur l'incorporation de la charité, parce que la charité est la première origine et qu'elle est restée la cause ou le prétexte des incorporations les plus nombreuses. Je reviens aux personnes dites civiles.

Les établissements charitables sont une dépendance des communes, avec lesquelles, à vrai dire, ils se confondent, et, de leur côté, les communes sont une dépendance de l'Etat. A côté de l'éducation et de la bienfaisance, il y a un troisième service public, la religion; pour mieux dire, le culte. Dans l'ancien ordre de choses, la religion absorbait tout; l'Eglise pourvoyait à tous les besoins des hommes, moraux, intellectuels, et même physiques : elle distribuait le pain du corps et le pain de l'âme, et tous ces services étaient incorporés dans ses innombrables établissements. Il ne reste que quelques rares débris de cette immense incorporation. Je vais commencer par les énumérer.

Les fabriques d'église furent rétablies par la loi organique du 18 germinal an x, dont l'article 76 porte : « Il sera établi des fabriques pour veiller à l'entretien et à la conservation des temples, à l'administration des aumônes. » Par aumônes, on entend ici celles qui sont faites à l'Eglise pour les besoins du culte, et non celles que l'Eglise fait; elle a cessé d'être un établissement charitable, depuis la sécularisation de ses biens. Le décret du 30 décembre 1809 règle l'organisation et les fonctions des fabriques : elles administrent les biens et les fonds affectés à l'exercice du culte : elles assurent cet exercice et le maintien de sa dignité dans les églises auxquelles elles sont attachées, soit en réglant les dépenses nécessaires, soit en assurant les moyens d'y pourvoir. Parmi ces revenus figure le produit des biens, rentes et fondations qu'elles ont été ou pourront être autorisées à accepter.

Voilà tout ce qui reste de l'incorporation des établissements ecclésiastiques. L'Eglise n'est plus une personne civile ; je ne sais si elle l'a jamais été, il est certain qu'elle a cessé de l'être. Dans le système de la séparation de l'Eglise et de l'Etat, qui est à peu près celui de la Constitution belge, l'Eglise n'a plus aucune existence civile; la

Constitution ne prononce pas ce mot, elle assure la liberté religieuse aux citoyens, comme un de ces droits individuels, que la célèbre déclaration de 1789 reconnaissait à tout homme, et que le titre Ier de notre loi fondamentale semble n'accorder qu'aux Belges; mais d'une liberté de l'Eglise il n'est pas question, bien moins encore d'une incorporation de l'Eglise. Sur ce point, il y a une opposition radicale entre la doctrine catholique et la doctrine constitutionnelle. Les canonistes enseignent que l'Eglise est plus qu'une personne civile; elle forme ce qu'ils appellent une *société parfaite*, c'est-à-dire un *Etat*, ayant un *pouvoir* qu'elle tient, non de la *loi*, mais de *Dieu* qui l'a fondée, de sorte qu'elle serait *en dehors* et *au-dessus* de l'Etat, tout en étant *dans* l'Etat (1). En Belgique, on n'a jamais osé soutenir cette théorie hautaine devant les tribunaux, ni au sein des Chambres; légalement l'Eglise n'existe pas, en ce sens qu'elle ne forme pas une corporation, et elle n'a pas le droit d'accorder l'incorporation aux établissements qu'elle juge nécessaires. Son pouvoir a passé à l'Etat; pour qu'elle formât une personne juridique, il faudrait une loi, et cette loi n'existe pas (2). Par application de ces principes, il a été jugé que les évêques n'ont point la qualité de personne civile, ni, par conséquent, le droit d'ester en jugement, comme tels, pour les intérêts de leurs diocèses (3).

Les séminaires sont considérés comme des personnes civiles en ce sens qu'ils peuvent recevoir des donations et des legs (4). C'est une vraie anomalie dans notre ordre constitutionnel. Il n'y a plus de prêtres, aux yeux de la loi : pourquoi y a-t-il des établissements incorporés destinés à former des prêtres? Il y a encore les congrégations hospitalières auxquelles le décret du 18 février 1809 permet d'accorder le caractère d'*institution publique*, ou, comme le dit le code Napoléon, d'établissement d'utilité publique :

(1) Voyez mon Etude sur l'Eglise et l'Etat, t. II, p. 220 et suiv.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 381.
(3) Bruxelles, 4 août 1860 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 128).
(4) Décret du 30 novembre 1809, art. 113, et décret du 6 novembre 1813, art. 67.

elles forment une dépendance des hospices, et tiennent par conséquent à l'administration de la charité publique.

Est-il nécessaire qu'il y ait des fabriques d'église, des séminaires et des congrégations hospitalières, auxquels la loi accorde l'incorporation? Non certes. Si les cultes forment un service d'utilité publique, c'est à l'Etat d'y pourvoir; il en est de même des séminaires et des congrégations hospitalières. La perpétuité des établissements religieux, quelle que soit leur destination, reçoit un démenti par l'histoire. Que sont devenues les riches fondations que les païens avaient faites pour la célébration de leur culte? Si l'on avait respecté leur perpétuité, nous aurions encore aujourd'hui des colléges de prêtres et de prêtresses pour les dieux et les déesses du paganisme! Service temporaire, dont l'Etat doit se charger. L'incorporation conduit à de singulières anomalies. En Belgique, l'enseignement est libre, et il est élémentaire que les écoles libres ne peuvent recevoir aucune libéralité; pourquoi les séminaires catholiques sont-ils une corporation, capable de recevoir des libéralités, alors que les écoles libérales, et même l'université catholique ne sont pas incorporées et, par conséquent, ne peuvent recevoir aucune libéralité? Il y aurait bien d'autres questions à poser sur cette anomalie, et à toutes on devrait répondre : il n'y a aucun motif d'utilité publique à incorporer les séminaires. Il y a des raisons, au contraire, pour ne leur accorder aucune espèce de faveur. D'où sortent ces prêtres ignorants, incultes, fanatiques, qui font une guerre à mort à l'Etat? C'est dans les séminaires qu'on les crétinise, quand, par leur nature, ils ne sont pas des crétins; c'est là qu'on leur inspire la haine de nos libertés constitutionnelles, et c'est cet enseignement que l'Etat privilégie! Voilà à quoi sert l'incorporation. Elle pouvait avoir sa raison d'être dans un ordre social où l'Eglise et l'Etat étaient unis par un lien étroit, dans un système où l'Eglise était subordonnée à l'Etat, et un instrument dans les mains de l'empereur : est-ce là une de ces institutions perpétuelles, faite pour durer toujours? Rien n'est éternel que la nécessité de l'Etat et sa mission. Mais les moyens de la remplir varient avec les

mœurs et les idées. Laissez donc au pouvoir législatif le soin d'organiser l'enseignement d'après les besoins de chaque époque, et ne traitez pas comme amis des gens qui peuvent devenir et qui sont devenus vos ennemis mortels.

L'incorporation des fabriques d'église tient au même ordre d'idées. Tous les établissements qui concernent le culte catholique participaient à sa perpétuité, et les faveurs que l'Etat prodiguait à l'Eglise profitaient naturellement à ses ministres, et jusqu'aux temples et aux constructions nécessaires au culte. C'est un service nécessaire. Soit, mais où est la nécessité qu'il soit incorporé? Grâce à la perpétuité, il n'y a pas de plus mauvaise administration que celle des fabriques : ne serait-il pas plus simple et plus logique et en même temps plus profitable de charger de ce soin l'Etat, ou l'une de ses subdivisions, la province et la commune? Là il y a des garanties, parce qu'il y a un contrôle; dans les administrations où figurent des ministres du culte, toute garantie légale est impossible, parce que les lois ont affaire à des hommes et à des corps qui croient faire une œuvre pie en les éludant et en les fraudant.

77. Si l'on veut se faire une idée de ce que deviennent ces corporations, alors même qu'un motif d'intérêt public a présidé à l'incorporation, il faut lire l'histoire des fondations. Je me borne à rappeler quelques traits des fondations qui ont été faites dès le moyen âge en faveur des études et des étudiants. Les actes nous apprennent que les élèves, tous pauvres, devaient aller mendier le pain du corps avant de pouvoir se nourrir du pain de l'âme : *pauperes mendicantes*. C'est par un sentiment d'humanité que les fondateurs voulaient assurer la subsistance de la jeunesse studieuse; et les études ne sont-elles pas un besoin de première nécessité, si l'on veut travailler au perfectionnement de l'individu et de la société? On ne négligeait pas l'éducation morale et religieuse qui, à l'époque où les fondations furent faites, se concentrait dans les pratiques du catholicisme : les actes disent : *ad studendum et ad orandum*. Certes s'il y a une cause d'utilité publique, c'est celle-là. Eh bien, il faut voir ce que cette

inspiration si généreuse, si élevée, est devenue après des siècles. Les fondateurs ne songeaient qu'au cercle étroit de la famille, de la commune; c'était à leurs parents, ou aux jeunes gens nés dans leur ville, dans leur village, qu'ils voulaient assurer la nourriture physique et intellectuelle; dans leur naïve ignorance, ils ne doutaient pas qu'il n'y eût toujours, dans ce cercle étroit, des élèves capables et dignes des encouragements qu'ils fondaient pour eux. Faut-il ajouter qu'ils se trompaient, et qu'ils appelaient dans les études, par l'appât des bourses, des jeunes gens sans aptitude, qui, après de longues années passées dans les colléges et universités, ne sont bons à rien, à charge à eux-mêmes, à charge à la société, gens déclassés qui deviennent fatalement un germe de malaise et de trouble? Et à côté d'eux il y a des enfants intelligents et pauvres que l'on enlève des écoles pour les mettre dans un atelier, parce qu'ils ne sont pas nés au sein de la famille ou de la localité privilégiées. Les fondations de bourses, faites dans cet esprit, et il n'y en a guère d'autres, manquent complètement le but dans lequel elles ont été établies. Il y a des abus plus criants encore. Les fondations datent d'une époque de pauvreté générale, qui a fait place à une aisance relative, parfois à la richesse et à l'opulence. De là il arrive que des fils de pairs d'Angleterre profitent des bourses fondées pour les *pauperes mendicantes*. Dira-t-on que cet abus ne tient pas à la fondation, mais à ceux qui l'administrent? En Angleterre, les administrateurs trouvent que les fils de pairs sont pauvres, puisqu'ils ne jouissent pas de leur fortune. Voilà ce que deviennent des fondations perpétuelles, incorporées, pour aider les pauvres mendiants *ad studendum et ad orandum* (1).

Les abus sont partout les mêmes, parce qu'ils tiennent à la nature des choses. Ajoutez-y les scandales et les malversations dont se rendent coupables les gens d'église qui administrent les fondations. En apparence, on ne pouvait avoir de meilleurs administrateurs. Eh bien, qu'on lise les

(1) *Edinburgh Review* de 1854, t. XCIX, et *Report of the commissioners pointed to inquire into the state, discipline, studies and revenues of the university and colleges of Oxford*, 1852.

révélations accablantes qui ont été portées à la tribune de nos chambres sur les dilapidations, les infidélités, les détournements commis par des administrations toutes composées de gens d'église. Ces abus encore sont inévitables : n'en était-il pas de même de l'immense patrimoine de l'Eglise que l'on appelait, comme par dérision, le patrimoine des pauvres? Les détenteurs de ce patrimoine s'en croyaient les propriétaires, et ils en usaient et en abusaient, comme ne le font pas les vrais propriétaires. La propriété, fruit du travail, est une excitation au travail; les fondations, surprises trop souvent à la bêtise humaine, sont dissipées par l'oisiveté et la débauche.

J'engage nos jeunes docteurs en droit, animés de l'amour du bien public, à écrire l'histoire des fondations : ce sera l'acte d'accusation de la personnification civile. Là où les abus sont inévitables, il n'y a d'autre remède que la destruction d'une institution qui est un abus personnifié. C'est ce qu'a fait la révolution française : les monastères sont tombés, les corporations enseignantes sont tombées. Il n'est resté que l'Etat, avec ses subdivisions, la province et la commune; et cela suffit pour tous les besoins publics. Je sais l'objection que l'on fera : abolir les fondations particulières, c'est tarir la source de la charité. S'il en était ainsi, je dirais : Mieux vaut pas de charité qu'une mauvaise charité qui fait plus de mal que de bien. La vérité est que la charité doit se transformer, comme toutes les idées et les institutions qui nous viennent du catholicisme. Le sentiment est souvent admirable : qui oserait médire de la charité, quand elle est inspirée par le dévouement et l'abnégation? Mais le but doit changer, et avec le but, les moyens doivent se modifier également. Il faut d'abord que les idées nouvelles se répandent et se vulgarisent; la société, qui n'est plus catholique de croyances, l'est encore par des habitudes séculaires; et il faudra aussi un travail séculaire pour la décatholiciser : le mot est trop absolu, il s'agit moins de détruire que de transformer. L'incorporation joue un grand rôle dans ce mouvement. C'est mon excuse pour la longue étude que j'y consacre dans un ouvrage qui paraît étranger à cet ordre d'idées. Mais devant

traiter des personnes civiles, je suis entraîné forcément à dire ce qu'elles ont été jusqu'ici et ce qu'elles doivent être.

78. Avant de passer à une autre catégorie d'incorporations, je dois dire un mot d'une subdivision de l'Etat que j'ai déjà mentionnée à côté des communes, ce sont les provinces. La plupart des corps ou personnes civiles dont je viens de parler sont, d'après la législation française, qui est aussi la nôtre, des dépendances de la commune. L'Etat a-t-il bien fait d'investir les communes d'attributions qui jadis appartenaient presque toutes à des corporations ecclésiastiques? J'ai déjà dit qu'à mon avis les communes faisaient mal tout ce qui dépasse les intérêts purement communaux. Ce qui est d'intérêt général appartient à l'Etat. Si l'Etat ne fait pas toujours bien ce qu'il fait, la raison en est dans le détestable système que l'on suit pour le recrutement du personnel administratif. Pas d'études scientifiques, pas de conditions de capacité, sinon des examens dérisoires; la routine initiant les fonctionnaires à une mission où sans cesse ils devraient transformer ce qui existe : c'est un vrai cercle vicieux. On vient à peine de créer un enseignement administratif et politique; cela ne suffit point; il faut obliger les futurs administrateurs à suivre les cours que l'on organise, en les soumettant à des épreuves. Que l'on ne crie pas à la chinoiserie : mettez à la tête des universités et des facultés des hommes de science, et l'on n'y formera pas des mandarins.

Si l'administration de l'Etat était organisée comme elle devrait l'être, les communes et les provinces en profiteraient également. A mon avis, on devrait restreindre leur action aux intérêts locaux; dans ces limites, l'incorporation aurait une place peu considérable. L'histoire de l'organisation provinciale prouve qu'il y a beaucoup d'arbitraire et de factice dans l'idée de l'incorporation. Dans l'ancien régime, les provinces étaient de petites souverainetés, débris de la féodalité : c'était l'absence de l'Etat. Les provinces françaises, avec leurs parlements, étaient des corps privilégiés, et, comme tous les privilégiés, ils résistèrent à l'esprit nouveau qui animait la France en 1789. L'Assemblée Constituante brisa leur résistance en les supprimant; elle

les remplaça par les départements, division purement administrative du territoire du royaume. Les départements n'étaient plus des corps, le code Napoléon parle des communes et des biens communaux; il ne nomme pas les départements. Quelle était la situation des provinces sous le royaume des Pays-Bas? On ne le sait; il a été jugé, par la cour de Bruxelles, que les provinces n'étaient qu'une subdivision territoriale, établie à l'effet de faciliter et de simplifier l'administration générale, mais qu'elles ne formaient pas des personnes civiles. La cour de cassation et, sur renvoi, la cour de Gand se prononcèrent pour l'opinion contraire (1). N'est-ce pas une preuve qu'il y avait doute? D'après la Constitution belge, le doute a disparu : elle met les provinces sur la même ligne que les communes. Ainsi tantôt les provinces formaient un Etat dans l'Etat, tantôt une simple circonscription du territoire, puis on les a reconnues capables de posséder et de recevoir, sans que l'on puisse dire qu'il y ait eu nécessité; mais il suffit qu'il y ait utilité publique pour justifier l'incorporation des intérêts locaux, pourvu que l'on ne donne pas à ces subdivisions de l'Etat des attributions qui dépassent leur mission, et partant leur capacité.

L'incorporation se borne-t-elle, en ce qui concerne les subdivisions de l'Etat, aux communes et aux provinces? C'est une question que le droit public de chaque pays décide d'après les traditions nationales ou l'organisation administrative. Il a été jugé que la régie des tabacs établie en France, étant capable de contracter, peut par cela même exercer en Belgique, et devant les tribunaux belges, les droits qui appartiennent aux particuliers (2). Cela ne veut pas dire que toute branche de l'administration soit une personne civile distincte de l'Etat. Il est de principe que les fictions ne doivent pas être établies sans nécessité; or la personnification civile est une fiction. Il suffit aux besoins publics, dans l'intérêt desquels l'incorporation se fait, que l'Etat soit une personne civile, comme organe de tous les intérêts généraux. On doit appliquer aux

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I[er], p. 375, n° 293.
(2) Rejet, 26 décembre 1876 (*Pasicrisie*, 1877, 1, 58).

diverses administrations ce que j'ai dit des communes et des provinces : elles sont incorporées, comme faisant partie de l'Etat, c'est donc toujours l'Etat qui est censé agir. En Belgique, l'Etat exploite les chemins de fer, comme, en France, il y a une régie de tabacs; ce n'est pas à dire que l'administration des chemins de fer constitue un corps à part, ayant une personnalité distincte de celle de l'Etat; elle est une dépendance de l'Etat, et c'est à ce titre qu'elle agit comme une personne.

79. Jusqu'ici c'est l'Etat, organe des intérêts généraux de la nation, qui tient la première place dans l'incorporation : tous les services publics que je viens d'énumérer peuvent être considérés comme une dépendance de l'Etat. Il y a une autre catégorie de personnes dites civiles, ce sont les sociétés. Toute société ne forme pas un corps. Quelles sont les sociétés que l'on doit considérer comme personnes civiles? Quelles sont celles qui ne jouissent pas de la personnification? Et comment des particuliers qui s'associent dans un but commercial, industriel, littéraire, scientifique, peuvent-ils former un corps et se perpétuer? Ici nous entrons dans une mer de doutes et de difficultés. Pour le moment, je laisse de côté la question de savoir comment et sous quelles conditions se fait l'incorporation; il faut d'abord savoir quels sont ces corps fictifs, nous verrons ensuite comment ils se forment.

Le nouveau code de commerce (1) porte : « La *loi* reconnaît cinq espèces d'associations commerciales : la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société anonyme, la société en commandite par actions, la société coopérative. Chacune d'elles constitue une *individualité juridique* distincte de celle des associés. » L'expression *individualité juridique* est nouvelle, elle équivaut à celle de personnalité, ce qui revient à dire que les sociétés commerciales sont des personnes juridiques, ou civiles, ou morales, comme on s'exprime dans les arrêts, dans les livres et à l'école. Pothier va nous dire quelle différence il y a entre une société qui jouit de ce qu'on ap-

(1) Loi du 18 mai 1873, art. 2.

pelle la personnification, et une simple association d'individus. « Les corps et communautés établis suivant les lois du royaume sont considérés, dans l'Etat, comme tenant lieu de personnes; car ces corps peuvent, à l'instar des personnes, acquérir, posséder des biens, aliéner, contracter, s'obliger, et obliger les autres envers eux et plaider. »

« Ces corps sont des êtres intellectuels, différents et distincts de toutes les personnes qui les composent. C'est pourquoi les choses qui appartiennent à un corps n'appartiennent aucunement, pour aucune part, à chacun des particuliers dont le corps est composé. Il n'en est pas de même des choses qui appartiennent à plusieurs personnes associées; elles leur appartiennent en commun pour la part que chacun d'eux a en la société qui est entre eux.

« Par la même raison, quand le corps contracte et acquiert une créance, ce qui est dû au corps n'est dû aucunement aux particuliers dont le corps est composé. » C'est le corps qui est créancier. Et c'est aussi lui qui est débiteur. « Le créancier d'un corps ne peut point exiger de chacun des particuliers de ce corps ce qui lui est dû par le corps. Il n'a d'action que contre le corps; c'est le corps qui est condamné à payer; le créancier ne peut saisir que les biens du corps; il n'a pas d'action contre les membres qui font partie du corps (1). »

Il en est tout autrement des sociétés non incorporées. Elles ne peuvent pas contracter, ni en stipulant ni en promettant, puisqu'elles n'existent pas comme personnes. Les associés ont seuls le droit de contracter. Ce sont les associés qui acquièrent les créances, et ils sont tenus des dettes, chacun pour la part qu'il a dans la société. Le créancier a autant de débiteurs qu'il y a d'associés, c'est contre eux qu'il agit, ce sont leurs biens qu'il saisit, et parmi ces biens se trouve la part qu'ils ont dans l'actif social.

Les corps ont aussi le droit de plaider, en demandant et en défendant. Pothier dit qu'ils agissent par l'interm é-

(1) Pothier, *Traité des Personnes*, tit. VII, Des communautés.

diaire de leur syndic. Le code de procédure dispose que les sociétés de commerce doivent être assignées au domicile social, et qu'elles peuvent l'être dans la personne de leur gérant, sans qu'il soit nécessaire de mettre les associés en cause (art. 69, n° 6). Quant aux sociétés non incorporées, elles ne peuvent agir en justice, puisqu'elles n'ont pas d'existence aux yeux de la loi; partant, tous les associés doivent figurer en personne dans l'instance.

80. Toutes les sociétés ne sont pas incorporées. Aux termes de la loi de 1873, article 3, il y a des associations commerciales momentanées, et des associations commerciales en participation, auxquelles la loi ne reconnaît aucune *individualité juridique*. Cette disposition met fin à la controverse qui existait sous l'empire des codes français, en ce qui concerne le caractère des sociétés civiles : forment-elles une personne ou un corps distinct des associés? La question est tranchée par l'article 3. En disant que la loi ne reconnaît aucune individualité juridique aux associations commerciales momentanées et aux associations en participation, le code de commerce décide implicitement que ces sociétés, quoique commerciales, restent sous l'empire du droit commun; le droit commun est donc que la société n'a point d'individualité juridique distincte de celle des associés : la société civile, ce sont les associés.

Pourquoi la loi belge ne donne-t-elle la personnification qu'à certaines sociétés commerciales? Pourquoi la règle est-elle que les sociétés civiles ne sont pas des personnes? Les incorporations que j'ai mentionnées jusqu'ici sont toutes fondées sur un intérêt public ; elles se confondent avec l'Etat, et forment, par conséquent, une personne comme organes des intérêts généraux de la nation. On ne peut pas dire des sociétés de commerce qu'elles sont une dépendance de l'Etat; elles ne se forment pas dans un intérêt public, les associés n'ont en vue que leur profit. Mais le profit que les particuliers en retirent est aussi d'intérêt général, en ce sens que la richesse des individus est la source de la richesse publique, et plus une nation est riche, plus elle est puissante, et plus elle peut contribuer au développement matériel, intellectuel et moral de ses

membres. Toutefois cette considération ne suffirait pas pour justifier la personnification des sociétés de commerce; toute association est un élément de richesse; la loi devrait donc personnifier toutes les sociétés, tandis que la règle générale est qu'elle ne les personnifie pas. Pourquoi reconnaît-elle une individualité juridique aux unes, tandis qu'elle la refuse aux autres? La raison en est que la liberté et le droit commun suffisent en général aux sociétés pour atteindre leur but. Mais il y en a qui exigent la réunion de capitaux considérables, et ces vastes entreprises doivent avoir une certaine fixité, une durée plus ou moins longue, qu'elles n'auraient point d'après le droit commun, lequel ne suffit pas non plus pour leur assurer les capitaux nécessaires. Dans les sociétés ordinaires, chaque associé est débiteur personnel, et, comme tel, tenu indéfiniment des dettes sociales. Si la société ne réussit pas, ce sont les associés qui supportent la perte : à ces conditions, on ne trouverait pas les capitaux qui se chiffrent par millions, et sans lesquels les grandes entreprises seraient impossibles, et ce sont aussi ces grandes entreprises qui ont une importance directe pour l'Etat. Il fallait donc trouver une combinaison pour concilier les intérêts des associés, ceux des tiers et ceux de la nation. La personnification atteint ce but : elle procure aux sociétés commerciales les immenses capitaux dont elles ont besoin, sans autre risque pour les associés que leur mise; elle imprime une activité, parfois excessive, aux entreprises industrielles. Reste à savoir comment elle sauvegarde l'intérêt des créanciers qui ont pour gage, non point des personnes avec leur responsabilité indéfinie, mais des capitaux limités. J'y reviendrai.

81. Il ne faudrait pas induire de la loi de 1873 qu'il n'y a d'autres sociétés incorporées que celles auxquelles elle reconnaît l'individualité juridique. Qui leur a donné la personnalité? Le législateur. Or, la puissance du législateur est illimitée; organe des intérêts généraux, il peut intervenir, dès qu'il le juge nécessaire ou utile, pour accorder la personnification aux sociétés qui en ont besoin et qui ont pour objet un intérêt public. Il a été

jugé que les sociétés de secours mutuels légalement reconnues jouissent de la personnification civile, en vertu de la loi du 3 avril 1851 (1). En France, on accorde la personnification aux sociétés d'épargne, et certes elles méritent toute la protection du législateur, puisque, tout en formant des capitaux, qu'elles soustraient aux dépenses inutiles et nuisibles, elles moralisent les classes ouvrières. Il y a un exemple plus mémorable de personnification, ce sont les sociétés charbonnières, si nombreuses en Belgique. La jurisprudence de nos cours est unanime à reconnaître à ces sociétés, purement civiles, l'individualité juridique que la loi de 1873 n'accorde qu'aux sociétés commerciales. Cependant, chose remarquable, il n'y a pas de loi qui dise des sociétés charbonnières ce que la loi de 1873 dit des sociétés anonymes, en commandite et coopératives. Grand a été l'embarras de nos cours quand il leur a fallu justifier par des textes une personnalité juridique qui ne peut exister en dehors de la loi. Je n'entre pas dans un débat qui est étranger à ces Etudes, je me contente de renvoyer à mes *Principes de droit civil*, où la question est traitée (2). Il est certain que si l'on fait abstraction de la légalité, la personnification des sociétés charbonnières se justifie par les motifs mêmes que l'on a donnés pour reconnaître aux sociétés commerciales une individualité juridique distincte de celle des associés. Ce n'est pas une société de personnes qui entendent s'obliger indéfiniment, c'est une association de capitaux, comme dans les sociétés commerciales. La durée des sociétés charbonnières dépasse de beaucoup celle des sociétés ordinaires, même des sociétés commerciales : une durée séculaire est presque la perpétuité pour des êtres d'un jour. Quant à l'intérêt général, il est directement engagé dans l'exploitation des mines, puisque les charbons sont l'aliment de l'industrie, en même temps qu'ils sont un objet de première nécessité pour la vie. On voit que c'est moins le caractère commercial qui doit déterminer la personni-

(1) Cassation, 18 juin 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 1, 476).
(2) Voyez mes *Principes*, t. XXVI, p. 423, nos 419 et suiv.

fication, que l'objet de la société, son importance et sa durée.

82. Il suit de là qu'il est impossible de déterminer et de limiter les sociétés civiles qui sont considérées comme personnes juridiques. Et il faut dire en termes généraux que le nombre des corps jouissant de la personnification est illimité de sa nature : tout dépend de la volonté du législateur, et la loi se détermine par l'intérêt général, lequel prend tous les jours de nouveaux développements. Qui pouvait songer, au moment où nos codes ont été faits, à personnifier les sociétés coopératives, alors que la chose et le mot étaient inconnus? Et l'on ne connaissait pas davantage les sociétés d'épargne, puisqu'il n'y avait pas de caisse d'épargne. Aujourd'hui encore l'association, destinée à jouer un si grand rôle dans l'amélioration de la condition économique, intellectuelle et morale des classes ouvrières, n'existe, en Belgique du moins, qu'à l'état de théorie; il faut commencer par instruire et par moraliser nos ouvriers avant que l'on puisse songer à les associer : tout ce que l'on tente en leur faveur tant qu'ils n'ont aucune culture, ni intellectuelle, ni morale, échoue nécessairement et tourne même contre eux.

Il reste donc quelque chose de vague dans la matière de la personnification; on ne sait jusqu'où elle s'étend ni où elle s'arrête. On admet universellement comme principe que le législateur seul peut incorporer; pour qu'il y ait un corps, il faut donc une loi. C'est une première limite, mais elle ne suffit point pour mettre fin à l'incertitude. Cela vient de ce que le législateur n'est pas obligé de procéder, comme le fait la loi de 1873, en déclarant reconnaître à telles sociétés ou à tels établissements une individualité juridique. La loi de 1873 est la première qui ait procédé ainsi; c'est aussi la première qui ait prononcé le mot d'*individualité juridique;* d'ordinaire la loi se borne à accorder des droits à un établissement ou à une société, et ces droits impliquent que le législateur les reconnaît à titre de personnes juridiques. De là le vague qui règne dans cette matière. Ceux qui sont favorables à l'incorporation la trouvent partout; ceux qui y sont hos-

tiles sont tentés de ne la voir nulle part. Il y a un caractère, me semble-t-il, qui peut nous aider à diminuer cette incertitude. Les personnes dites civiles sont une fiction; il n'y a pas deux espèces de personnes, il n'y en a qu'une, ce sont les personnes physiques que Dieu a créées : et l'homme ne saurait en créer, il ne comprend pas même ce que c'est que la création. Si le législateur reconnaît aux sociétés commerciales, aux sociétés charbonnières, aux établissements de charité, la personnalité juridique, c'est qu'il y a nécessité, ou au moins grande utilité, de personnifier certaines sociétés ou certains établissements. Ce sont des êtres fictifs qu'il crée dans un but d'intérêt général; or, il est de principe que la loi ne crée pas de fictions inutiles; là où les individus peuvent agir comme tels, et sans que le législateur les réunisse en corps en leur accordant l'incorporation, on doit admettre que la personnification n'existe point.

Si nous appliquons ce principe aux corporations que les auteurs admettent avec une profusion extrême, la plupart disparaîtront comme absolument inutiles. Je citerai comme exemples les personnes civiles que Brocher admet dans son *Nouveau Traité de droit international privé* (1). Il pose en principe, si l'on peut donner ce nom à une proposition que l'auteur n'ose pas même affirmer, que la famille peut avoir certaines personnes morales dans sa dépendance : tel *paraît* être le cas de la *tutelle*. La tutelle, une personne juridique, c'est-à-dire *fictive!* Je me demande : A quoi bon la fiction? et que vient-elle faire dans l'administration des biens et de la personne du mineur? Un protecteur, qui prend la place du père n'est pas un être fictif, ni le représentant d'une fiction; quand la personnalité humaine suffit pour expliquer la tutelle, je ne vois pas pourquoi on y fait intervenir une personne fictive. Je ne trouve pas même une apparence de motif qui puisse justifier une personnification de la tutelle, bien moins encore, une utilité ou une nécessité.

L'auteur ajoute, toujours dans son style dubitatif, qu'il

(1) Brocher, *Droit international privé*, p. 98-101.

semble qu'on *puisse* citer comme *accessoire* de la *famille*, la *communauté entre époux*. Ici du moins il y a une apparence de doute, et Brocher aurait pu citer comme autorité Troplong, qui aime également le vague et le nébuleux, mais il suffit d'approcher du fantôme pour qu'il s'évanouisse. Dans l'ancien droit, on disait que le mari est seigneur et maître de la communauté, et on peut encore le dire, en droit moderne, pour les actes à titre onéreux : c'est lui seul qui administre, c'est lui seul qui aliène et hypothèque, c'est lui seul qui agit en justice; je demande, non pas où est la nécessité ou l'utilité d'imaginer une personne fictive, mais comment il serait possible d'organiser un être fictif à côté et au-dessus du propriétaire dont le pouvoir est absolu. Il est inutile de discuter la question, je l'ai fait dans mes *Principes de droit civil* (1); et je ne puis pas combattre les arguments de M. Brocher, car il n'en donne aucun; on ne peut pas même dire qu'il affirme, car il n'affirme pas, tout se réduit à un « il semble ».

Il *semble* encore que les *successions bénéficiaires* ou *vacantes* sont une personne civile. En droit romain, la *succession* tenait lieu de *personne* tant qu'elle n'était pas acceptée. Il y a des textes qui le disent; Savigny leur a donné une autre interprétation. Quoi qu'il en soit, il est certain que dans notre droit français il ne peut être question d'une incorporation de l'hérédité. Quand il y a un héritier bénéficiaire, cela est d'évidence, puisque l'héritier est propriétaire et possesseur des biens; seulement il est soumis à certaines formes dans l'intérêt des créanciers et des légataires : seraient-ce ces formes qui impliquent une personnification? Cela n'aurait pas de sens. Là où il y a une personne réelle qui agit, il est pour le moins inutile de créer un être fictif qui remplace la personne vivante et agissante. Quant à la succession vacante, il est vrai que personne ne l'occupe; il y aurait donc là moyen d'imaginer une personne fictive qui tienne la place de l'héritier. Mais cela est-il nécessaire? La nomination d'un curateur

(1) Voyez le t. XXI de mes *Principes*, p. 227, nos 197.

pourvoit à tous les besoins. Autre est la question de savoir si l'administration de la succession bénéficiaire et de la succession vacante est bien organisée; on peut le contester, et c'est mon avis; mais la création d'une personne fictive remédierait-elle au mal?

L'*envoi en possession dans les biens d'un absent semble* encore à M. Brocher impliquer l'existence d'une personne civile. Il est vrai que, dans l'espèce, le propriétaire ne peut pas veiller à ses intérêts; pour mieux dire, on ne sait pas s'il y a encore un propriétaire ou si ses héritiers ont droit aux biens qu'il a abandonnés. Est-ce le cas de créer une personne fictive qui prenne la place de l'absent et de ses héritiers présomptifs? Le législateur français n'y a pas songé. Il n'établit jamais une présomption de mort, donc il y a un propriétaire, c'est l'absent; mais comme ses biens sont à l'abandon, la loi y pourvoit d'abord par des mesures qu'elle autorise les tribunaux à prendre en cas de nécessité; puis en envoyant les héritiers en possession des biens, envoi d'abord provisoire, puis définitif. Le législateur a cherché à concilier tous les intérêts, tous les droits : qu'il ait réussi ou non, peu importe; toujours est-il que la création d'une personne civile ne simplifierait pas la gestion, ce serait un rouage de plus et tout à fait inutile, puisqu'il y a des ayants droit, les héritiers, et, à leur défaut, les successeurs irréguliers, et notamment l'Etat. Voilà une personne civile qui intervient dans l'absence, s'il y a lieu; mais ce n'est certes pas l'absence, ni le patrimoine de l'absent qui est considéré comme une personne.

La *faillite* d'un établissement commercial ou industriel, dit M. Brocher, peut être considérée comme *en* étant la *suite*, et comme devant, en conséquence, être soumise à la même législation. La *suite* de *quoi?* Cela veut-il dire que l'*établissement* étant une personne juridique, la faillite est aussi une personne fictive? Et quelle est cette *législation* exceptionnelle, il faut le supposer, à laquelle la faillite d'une société commerciale est soumise? Que ce soit un commerçant ou une société anonyme qui tombe en failite, la législation est toujours la même, et la personni-

fication de la société n'a rien de commun avec la liquidation de l'actif social.

Si je critique la doctrine de M. Brocher sur les personnes juridiques, c'est qu'il y a une tendance chez les jurisconsultes et chez les législateurs modernes à les multiplier outre mesure, tandis que, dans ma conviction, il faudrait réduire l'incorporation à la stricte nécessité, car tous les corps personnifiés présentent un danger, donc ceux qui ne sont pas nécessaires doivent être supprimés. M. Brocher lui-même qui, à mon avis, crée des fictions inutiles, en mentionne d'autres qu'il ne paraît pas approuver et qui me paraissent extravagantes. Après avoir personnifié les fonctions sociales ou ceux qui les remplissent, on est allé jusqu'à personnifier les immeubles ! L'incorporation des diverses fonctions qui sont nécessaires au mécanisme de l'Etat est déjà une superfétation : ne suffit-il pas que l'Etat soit une personne juridique, et l'Etat ne remplit-il pas tout de son existence universelle, puisqu'il est l'organe de tous les intérêts généraux ? A quoi bon, après cela, personnifier chaque fonction ? Il est vrai que, dans le droit anglais, on personnifie le roi, afin que la royauté soit toujours présente et agissante, alors même que la personne royale vient à mourir ; théorie très contestable dans notre droit constitutionnel et absolument inacceptable pour les autres fonctions que la *common law* personnifie, telles que celles d'évêque, de doyen, de curé (1). Dans notre droit public, une pareille personnification serait une hérésie politique, puisque aux yeux de la loi il n'y a plus ni évêque, ni doyen, ni curé. Et dans toute espèce de droit, la personnification des fonctions ecclésiastiques comme des fonctions civiles n'a aucune raison d'être ; si on leur reconnaît une existence aux yeux de la loi, c'est à titre de services publics, et tous les services publics sont une dépendance de l'Etat, de sorte que la personnification de l'Etat pourvoit à tous les besoins. Quant à la personnification des immeubles, on dit que les

(1) Blackstone-Stephen, *Commentaries of the laws of England*, t. III, p. 4 et suiv. Kent, *American law*, t. II, p. 345 (274).

servitudes actives ou passives qui s'y rattachent peuvent être considérées comme des droits ou des obligations, et les immeubles ayant ou pouvant avoir des droits et des obligations, ne doit-on pas les considérer comme des personnes? Voilà une conception que je qualifie d'extravagante. Que les servitudes soient des droits dans la chose, cela prouve-t-il que la chose a des droits, et que la chose est une personne, et que cette personnification est nécessaire pour expliquer l'existence des servitudes? A toutes ces questions le bon sens répond négativement, et le droit ferait bien de s'accommoder avec le bon sens, ou au moins de ne pas le heurter sans rime ni raison.

83. Quant à l'exubérance de personnes civiles qui se produit en Angleterre et surtout aux Etats-Unis, elle n'a rien de commun avec les théories que je viens de critiquer. Les Anglo-Américains sont une race pratique par excellence; s'ils multiplient les incorporations, c'est pour faciliter l'activité humaine dans toutes ses manifestations. L'activité individuelle est une excellente chose, mais l'activité collective, quand elle va jusqu'à l'incorporation, présente des dangers, et elle conduit presque nécessairement à des abus. Si une chose me tient à cœur, c'est le développement intellectuel et moral de l'homme. Dieu lui a donné cette mission en l'appelant à la vie. Mais tous les moyens sont-ils également bons pour atteindre ce but? Rappelons-nous que toutes les *œuvres pies* se proposaient le même objet; de là les innombrables fondations et incorporations dans les pays catholiques; il y a tel légiste qui voudrait que l'on considérât encore aujourd'hui comme personnes civiles toutes les *causæ piæ* (1). Je dirai plus loin à quoi a abouti ce mouvement de piété : vicié dans son essence, il a vicié toutes les œuvres qu'il a produites. Dans les pays protestants, ces dangers et ces abus sont moins à craindre; mais la corporation, en elle-même, est un mal, quel que soit le but qu'elle ait en vue. On peut applaudir aux nombreuses fondations qui se font en Angleterre et aux Etats-Unis en faveur de l'instruction (2),

(1) Weiske, *Rechtslexicon*, t. IV, p. 730.
(2) Stephen, *Commentaries on english laws*, t. III, p. 6 et suiv.

mais l'instruction incorporée vaudra-t-elle jamais celle que l'Etat organise? Et ne serait-il pas plus rationnel, tout en consacrant sa fortune au progrès des lumières, d'abandonner à l'Etat le soin d'organiser les établissements de manière qu'ils ne s'immobilisent jamais? C'est peut-être parce qu'en Amérique, comme en Angleterre, l'Etat n'occupe pas la place qui lui appartient, que les associations privées ont cherché à suppléer à l'insuffisance de l'action sociale, mais elles n'y ont jamais suppléé qu'imparfaitement; l'enseignement est une fonction sociale, et les fonctions sociales ne peuvent être bien remplies que par la société. C'est une fausse idée que celle de vouloir remplacer l'Etat par des corporations privées.

Ma conclusion est toute contraire à celle des légistes qui veulent étendre à l'infini les corporations. A chacun sa sphère d'action, mise en rapport avec sa mission. L'Etat est l'organe des intérêts généraux de la société, il faut lui en laisser le soin. Les individus doivent jouir de la plus entière liberté pour tout ce qui concerne leur développement intellectuel et moral. Mais la liberté n'est pas l'incorporation; celle-ci se fait dans un esprit de perpétuité, et quand l'individu veut éterniser son action en se survivant à lui-même, il aboutit à perpétuer ses erreurs, ses préjugés, en un mot son imperfection; de sorte que les établissements qu'il crée pour le progrès immobiliseraient la société, au lieu de l'aider dans son perfectionnement. Voilà pourquoi il faut que le législateur intervienne dans la création des corps, et il faut, de plus, que ces corps restent dans sa main, et qu'il ait le droit d'en modifier l'organisation et l'action pour les mettre en harmonie avec la marche progressive de l'humanité.

§ II. *De la création de personnes civiles.*

84. C'est un principe universellement admis que le législateur seul peut exercer le droit d'incorporation, c'est-à-dire que lui seul peut créer ces personnes fictives que l'on appelle *civiles* ou *juridiques*. Le plus grand des jurisconsultes français, Dumoulin, en donne une raison

de droit qui est sans réplique : « L'individu, dit-il, ne peut pas créer des fictions, ni, partant, des êtres fictifs ; ce pouvoir n'appartient qu'à la loi ». Comment l'homme, faible créature, pourrait-il créer quoi que ce soit? Quand on dit que le législateur crée des personnes juridiques, il ne faut pas même prendre cette expression au pied de la lettre. Le législateur est aussi un homme, et il ne peut pas plus créer que le premier individu venu. Mais les Anglais disent que le parlement peut tout faire, sauf un homme d'une femme ou une femme d'un homme. C'est dire que la loi ne saurait changer l'œuvre de la nature en donnant la vie à un corps qui ne vit pas; mais elle peut lui conférer la jouissance de certains droits sans lesquels il ne pourrait remplir la mission qui lui incombe. Voilà en quel sens restreint la loi crée des personnes juridiques. C'est le législateur qui crée certains établissements auxquels il confie l'exercice d'un service public; lui seul, comme organe des intérêts généraux, organise les services qui intéressent la société, lui seul peut leur attribuer une personnalité restreinte consistant dans la faculté de posséder, de contracter. C'est la justification de la proposition de Dumoulin au point de vue du droit privé (1).

Domat, l'un des auteurs de notre code civil, ajoute une raison de droit public. « Comme il est de l'ordre et de la police d'un Etat que non seulement les crimes, mais tout ce qui peut troubler la tranquillité publique ou la mettre en péril y soit réprimé, et que, par cette raison, toute assemblée de plusieurs personnes en un *corps* y soit illicite à cause du danger de celles qui pourraient avoir pour fin quelque entreprise contre le public, celles mêmes qui n'ont pour fin que de justes causes ne peuvent se former sans une expresse approbation du souverain sur la *cause de l'utilité* qui peut s'y trouver. Ce qui rend nécessaire l'usage des permissions d'établir des corps et communautés ecclésiastiques ou laïques, régulières ou séculières, et de toute autre sorte : chapitres, universités,

(1) Dumoulin, *Commentaire sur la coutume de Paris*, Des fiefs, tit. I[er], § 1, n° 40.

colléges, monastères, hôpitaux, corps de métier, confréries, maisons de ville et d'autres lieux, et toutes autres qui rassemblent diverses personnes pour quelque usage que ce puisse être. Et il n'y a que le souverain qui puisse accorder ces permissions (1). » La doctrine de Domat dépasse la *création* des personnes civiles; elle implique que ces êtres fictifs sont toujours dans la main du législateur. Elles sont établies par un motif d'utilité publique, que le législateur seul a mission d'apprécier; mais l'utilité publique est chose variable; pour mieux dire, elle est progressive, de sorte que ce qui paraît aujourd'hui utile au législateur pourra demain être inutile et même dangereux. Que l'on songe aux corps de métier dont parle Domat; quand le législateur en autorisa l'établissement, il était convaincu que l'incorporation de l'industrie est le meilleur moyen de la protéger et d'en favoriser le développement. Mais il arriva ce qui arrive presque toujours dans l'incorporation : elle arrêta la vie au lieu de la développer. Le législateur fut obligé de modifier les corps de métiers, et il finit par les supprimer. Voilà un nouvel exemple du danger de l'incorporation.

85. Sous l'ancien régime, les corporations pullulaient, notamment les corporations religieuses, elles étaient devenues une lèpre pour les pays catholiques. Elles avaient été établies pour un bien public, et partant elles devaient durer toujours; c'est pour assurer leur perpétuité que la loi leur défendait d'aliéner leurs biens sans de justes causes : de là le nom de *mainmorte* que l'on donnait aux biens et aux établissements pour marquer que les immeubles qu'ils acquéraient mouraient en quelque sorte entre leurs mains et ne produisaient plus aucun droit de mutation au profit des seigneurs et du roi. Acquérant toujours et ne vendant jamais, les corporations religieuses menaçaient d'absorber tout le sol. Le législateur finit par s'apercevoir qu'il avait créé, à titre de bien public, des corps ruineux pour la société. Dans l'ancien régime, où l'Eglise et l'Etat étaient étroitement unis, il ne pouvait

(1) Domat, *Droit civil*, livre Ier, t. II, sect II.

être question de les supprimer : on essaya de limiter le mal. De là l'édit de 1749, œuvre du chancelier d'Aguesseau. Les établissements de gens de mainmorte, dit le législateur, trouvent une grande facilité d'acquérir des fonds, tandis que ces fonds sont destinés par la nature à la subsistance et à la conservation des familles. On le voit, d'Aguesseau entrait dans la voie que nous avons indiquée : circonscrire dans d'étroites limites l'incorporation et favoriser l'action des individus. Le vrai bien public y était intéressé sous un autre rapport : les biens qui passaient dans les mains des corporations cessaient pour toujours d'être dans le commerce, en sorte, dit le roi, qu'une très grande partie des fonds de notre royaume se trouve actuellement possédée par ceux dont les biens, ne pouvant être diminués par des aliénations, s'augmentaient, au contraire, continuellement par de nouvelles acquisitions. Voilà à quoi aboutissait la perpétuité des corporations : à mettre hors du commerce tout le sol de la France. Le résultat final eût été un état de choses inouï, impossible : plus de propriété individuelle, une propriété collective ruineuse pour l'Etat et pour les familles.

Ainsi les familles dépouillées et le sol mis hors du commerce : tel est le *bien public* réalisé par les corporations. Par ces raisons, le roi déclare qu'il renouvelle, en tant que de besoin, les ordonnances de ses prédécesseurs : il veut qu'il ne puisse être fait aucun nouvel établissement de chapitres, colléges, séminaires, communautés religieuses, *même sous prétexte d'hospices*. Le mot doit être noté : la charité était le prétexte, la corporation religieuse était le but. Nous avons vu, à Gand, le résultat de la charité religieuse : les maisons hospitalières envahies par les sœurs, et les pauvres femmes, en bien petit nombre, logées dans les souterrains. L'édit de 1749 continue l'énumération des corps sans nombre qui s'étaient établis sous prétexte de bien public, et il défend que de nouvelles corporations, congrégations, confréries, hôpitaux, ou autres corps et communautés, soit ecclésiastiques, séculières ou régulières, soit laïques, de quelque qualité qu'elles soient, ne puissent être fondées, si ce n'est en vertu de la

permission expresse du roi. Je reviendrai sur les autres dispositions de l'édit de 1749 qui se trouva aussi inutile que tous ceux qui l'avaient précédé (1).

86. Le même principe fut consacré, en Belgique, par le placard du 15 septembre 1753. Il n'était pas nouveau ; Marie-Thérèse constate, dans le Préambule, que les lois fondamentales de quelques-unes des provinces des Pays-Bas, et les édits des princes avaient interdit et considéré comme nulles et sans effet toutes nouvelles érections de chapitres, couvents, colléges, hôpitaux et maisons-Dieu, bénéfices, offices, églises, chapelles et fondations, confréries, corps ou communautés, ecclésiastiques ou laïques, établies sans le consentement du souverain. Marie-Thérèse reconnaît que ces lois, quelque salutaires qu'elles fussent pour le bien commun de la société, ont été inutiles; les gens de mainmorte ayant trouvé des moyens de toute espèce pour en *éluder* l'application. L'impératrice proteste, et la chose était inutile, de son amour pour la religion et de sa faveur pour des établissements qui n'ont pour objet que le service de Dieu, l'instruction des fidèles et le soulagement des pauvres. Mais, dit-elle, l'*intérêt* et la *voix commune* de nos fidèles *sujets* nous invitent à veiller aussi à la *conservation* des *familles* et à empêcher qu'une grande partie des immeubles ne soit soustraite au commerce. En conséquence, le placard renouvelle les ordonnances, défenses et prohibitions des anciens souverains, notamment l'édit de Charles-Quint du 19 octobre 1520 : « Nous défendons, en conformité de ces édits, d'ériger ou de fonder, dans nos provinces des Pays-Bas, des abbaïes, chapitres, couvents, colléges, hôpitaux, ou autres maisons-Dieu, bénéfices, offices, églises, chapelles ou fondations, confréries, corps ou communautés ecclésiastiques ou laïques, sans notre consentement (2). »

87. Dans les temps modernes, il n'y a plus eu de loi prohibant l'établissement d'une corporation ou d'une personne juridique sans l'intervention du législateur. On peut

(1) L'édit se trouve dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Mainmorte*, § 1.
(2) Le placard de 1753 se trouve dans Merlin, au mot *Mainmorte*, § IV.

soutenir, et c'est mon avis, que les anciennes lois restent en vigueur ; elles ne tombent pas sous l'application de la loi du 30 ventôse an XII, qui a abrogé toutes les anciennes lois relatives aux *matières* qui sont l'objet du code civil : l'incorporation ou la personnification n'est pas une dépendance du droit civil, elle appartient au droit public ; voilà pourquoi, comme le dit Marie-Thérèse, les lois fondamentales des anciennes provinces belgiques établissaient le principe qu'il n'y a pas d'incorporation sans le consentement du souverain. Ce principe n'a pas même besoin d'être consacré par la loi, il résulte de l'essence de ce qu'on appelle incorporation, comme le disent Dumoulin et Domat.

Le procureur général Dupin, dans un réquisitoire sur la nullité des libéralités faites à une congrégation non autorisée, cite ces paroles du chancelier Pasquier, au sein de la chambre des pairs, sous la Restauration. « Il y a ici, disait il, plus qu'une loi, c'est un principe éternel et *indépendant des lois positives*, que celui qui ne permet pas qu'une société quelconque se forme dans un Etat, sans l'approbation des grands pouvoirs de la nation. » En France, il y a eu, sous la Restauration, des lois favorables aux congrégations religieuses, mais spéciales, et maintenant implicitement le principe invoqué par Pasquier. Telle était notamment la loi du 2 janvier 1817, citée par Dupin : en disant que « tout établissement ecclésiastique *reconnu par la loi* pourra accepter, avec l'autorisation du gouvernement, tous les biens qui lui sont donnés par actes entre-vifs ou par actes de dernière volonté », l'article 17 de cette loi proclamait suffisamment, par la raison des contraires, que tout établissement non reconnu par la loi serait incapable de recevoir aucune de ces libéralités. La *raison des contraires* est la fameuse argumentation *à contrario*, qui n'est admise que lorsqu'elle est en harmonie avec les principes généraux de droit. Si Dupin s'en autorise, c'est précisément parce qu'il y avait un principe indépendant de toute loi, à savoir que pour être capable de n'importe quel acte juridique, il faut exister, or les établissements non reconnus par la loi n'ont aucune exis-

tence légale, c'est le néant, et le néant ne saurait exercer aucun droit. La cour de cassation jugea conformément au réquisitoire du procureur général : « qu'aux termes de la loi du 2 janvier 1817, qui n'a fait que proclamer de *nouveau* l'un des *principes permanents* du *droit public* de la France, consacré sous l'ancienne monarchie par la déclaration du roi du 27 juin 1659, et par l'édit du mois d'août 1749, aucune communauté religieuse d'hommes ne peut tenir l'*existence* et la capacité civiles pour recevoir des libéralités que d'un acte de l'autorité législative (1) ». Si la cour ne parle que des communautés religieuses d'hommes, c'est que, dans l'espèce, il s'agissait d'une communauté de frères, et l'on sait qu'en France, une loi de la Restauration (24 mai 1825) permet au roi d'autoriser l'établissement de communautés de femmes; tandis que les communautés d'hommes restent sous le coup des lois révolutionnaires, qui ont supprimé toutes les corporations religieuses.

88. En Belgique, il n'y a pas eu de lois pareilles, véritables lois de réaction catholique, que l'on est étonné de voir subsister dans la patrie de Voltaire. Nous restons donc sous l'empire de ce principe que Pasquier déclare indépendant de toute loi positive, et qui a été si souvent consacré par nos anciens souverains. Cependant, ce principe a été contesté devant la cour de cassation : on a prétendu que la Constitution avait introduit un droit nouveau en proclamant la liberté d'association, d'où l'on induisait que les sociétés, religieuses ou autres, établies en vertu de cette liberté, formaient autant de personnes juridiques, distinctes des membres qui les composent. On s'étonne qu'un non-sens pareil ait pu se produire devant notre cour suprême. Il va sans dire que c'est dans l'intérêt des corporations religieuses que ces énormités ont été soutenues, et l'on sait aussi qu'il n'y a point d'absurdité que les gens d'église n'osent défendre. Je me trompe; comme ce ne sont pas des moines qui plaident, mais des avocats, ceux-ci auront refusé de défendre en justice les incroyables

(1) Rejet, chambre civile, 3 juin 1861 (Dalloz, 1861, 1, 218).

prétentions des canonistes : l'Eglise est mieux qu'une personne civile, elle forme une société parfaite, c'est-à-dire un Etat dans l'Etat, hors de l'Etat, au-dessus de l'Etat. Demandez à l'Eglise ses titres, elle dira qu'elle les tient de Dieu, et que le droit divin domine le droit laïque, que l'Eglise n'a pas besoin d'être reconnue par l'Etat, qu'elle existe, au besoin, malgré l'Etat. Pourquoi les gens d'Eglise ne font-ils pas consacrer cette lumineuse doctrine par la cour de cassation ? Et si la cour demandait des textes, pourquoi l'Eglise ne les demande-t-elle pas aux Chambres quand elle y a la majorité ?

Les avocats des gens d'Eglise en furent réduits à soutenir une théorie qui est une véritable hérésie juridique, et au premier chef, à savoir que la liberté de s'associer veut dire le droit de s'incorporer. La cour de cassation répond à ce non-sens : « que l'article 20 de la Constitution reconnaît aux Belges le droit de s'associer, mais qu'il n'accorde pas la capacité civile aux associations comme êtres collectifs; qu'il résulte, au contraire, clairement des discussions dont cet article a été l'objet que le Congrès national a seulement voulu écarter les entraves qui avaient été précédemment mises au droit d'association, mais qu'il n'a pas entendu conférer aux associations le caractère de personnes juridiques(1) ». On voit que le pourvoi lui-même reconnaissait implicitement la nécessité d'un acte législatif pour constituer une personne civile, alors même qu'il s'agit d'une congrégation religieuse ; et c'est pour trouver ce texte impossible qu'il citait la Constitution, comme les naufragés s'attachent à une planche de salut, qui doit nécessairement les engloutir.

89. Le chancelier Pasquier n'avait pas tort de dire que le principe qui exige l'intervention du législateur pour la formation de personnes civiles, résulte de l'essence des choses ; voilà pourquoi il est universel, on le trouve dans tous les pays, dans toutes les législations. J'ai dit bien des fois, dans le cours de ces Etudes, que les

(1) Rejet, 17 mai 1862, au rapport de Paquet, sur les conclusions conformes du procureur général Leclercq (*Pasicrisie*, 1862, 1, 274).

Anglo-Américains forment comme un monde à part, qui rejette les règles de droit civil international admises par les jurisconsultes du continent européen. Cette opposition n'existe point, en ce qui concerne le principe de l'incorporation ; ils sont beaucoup plus favorables à la personnification civile ; mais bien qu'ils l'accordent à toute association qui se forme dans un but littéraire, scientifique, de charité, d'instruction, de religion, ils maintiennent strictement la règle qu'il n'y a pas d'incorporation sans un acte législatif, ou au moins sans charte royale. Ils poussent ce scrupule si loin, qu'ils imaginent une concession là où, en réalité, il n'y en a point. On n'a jamais découvert la charte d'incorporation de la Cité de Londres, certes, après l'Etat, la corporation la plus puissante qui existe dans le Royaume-Uni ; et il est plus que probable qu'il n'y en a point ; la Cité se sera formée comme l'Etat, sans loi ni acte politique quelconque. En va-t-on conclure qu'il peut y avoir des corporations sans un acte du souverain ? Non, certes, cela est juridiquement impossible. On *présume* qu'il a existé une charte dans les vieux temps, c'est comme la prescription acquisitive que les légistes justifient en supposant que le possesseur a eu un titre qui a été détruit ou qui s'est perdu (1).

Kent dit la même chose du droit américain. Il n'y peut plus être question de chartes royales, à moins qu'elles ne soient antérieures à la Révolution ; dans ce cas, elles conservent leur autorité en vertu du droit acquis. Quant aux nouvelles corporations, elles ne peuvent s'établir que par un acte du pouvoir législatif de chaque Etat. On admet la prescription, d'après le droit commun, c'est-à-dire que l'on suppose qu'il y a eu une charte ou une loi, les corporations ne pouvant pas s'établir autrement (2).

90. Les légistes anglo-américains ne procèdent jamais par principes, ils ne se demandent pas pourquoi il faut un acte du pouvoir souverain pour constituer une corporation ; s'ils le faisaient, ils ne pourraient pas admettre la

(1) Blackstone-Stephen, *Commentaries on English laws*, t. III, p. 8 (de la 7e édit.).
(2) Kent, *Commentaries on American law*, t. II, p. 349 (277).

prescription dans une matière où il s'agit de choses qui sont hors du commerce. Une corporation non autorisée est le néant; que ce néant ait duré trente ans, est-ce une raison pour qu'il acquière une existence qu'il ne peut pas avoir? Supposer qu'il y a eu un acte d'incorporation, par cela seul que le corps existe, c'est oublier la fraude. Nos anciens édits constatent que des corporations se sont établies en fraude de la loi : la longue possession peut-elle jamais effacer ce vice dans une matière d'ordre public? Il en serait autrement si l'établissement datait d'une époque où la nécessité d'une autorisation n'était pas encore légalement requise. Au moyen âge, l'Etat existait à peine, et par suite, l'individu avait d'autant plus de pouvoir; un établissement charitable créé par un testateur pouvait donc être considéré comme incorporé, sans qu'un acte du souverain fût intervenu pour le légaliser. En France, l'édit de 1666 est le premier qui ait exigé l'autorisation du souverain pour la création d'un établissement de ce genre; il en résulte que les établissements antérieurs à cet édit sont valablement incorporés par la volonté seule du fondateur (1). Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec la prescription; la prescription suppose la nécessité d'un acte législatif, tandis que je suppose qu'il y a eu une époque où cette nécessité n'était pas légalement établie. Il est plus que probable qu'il en a été ainsi dans tous les Etats modernes. J'ai dit que l'on a vainement cherché la première charte d'incorporation de la Cité de Londres; c'est pour y suppléer que les légistes anglais ont imaginé une fiction, à savoir que la charte existait, mais qu'elle a été perdue ou détruite. C'est peut-être là l'origine de leur théorie de la prescription. Pourquoi ne pas avouer que l'intervention du pouvoir législatif n'a pas toujours été requise; qu'elle ne pouvait même l'être à une époque où il n'y avait pas d'Etat organisé, où la démarcation entre le pouvoir de l'Etat et le pouvoir de l'individu n'était point établie?

91. La règle qui exige un acte législatif pour l'exis-

(1) Rejet, 24 novembre 1868 (Dalloz, 1869, 1, 93).

tence d'une personne juridique reçoit-elle des exceptions? Savigny enseigne que l'Etat et la commune sont des personnes nécessaires; il entend par là que l'Etat jouit de la personnification par cela seul qu'il existe, sans qu'il soit besoin d'une loi qui lui reconnaisse les droits dont jouissent les personnes physiques (1). Que l'Etat soit une nécessité, personne ne le contestera; c'est la société organisée, et on ne nie plus que la société soit la condition naturelle de l'homme; la théorie du contrat social a perdu tout crédit.

Mais de ce que l'Etat est nécessaire, on ne peut pas conclure qu'il jouit nécessairement des droits qui appartiennent à l'individu; il y a toujours entre les droits de l'Etat, considéré comme personne juridique, et les droits des personnes physiques, une différence radicale, c'est que l'homme est un être juridique, dès que Dieu l'appelle à la vie, et à ce titre il jouit de tous les droits privés qui lui sont nécessaires pour accomplir sa destinée. L'Etat n'a pas cette personnalité; on ne peut pas dire de lui qu'il naît avec la mission de se perfectionner, ou, comme disent les théologiens, de faire son salut. Il n'a que les droits que la loi lui accorde, plus ou moins étendus, selon les diverses constitutions. Pourquoi y a-t-il des constitutions? Précisément pour définir l'Etat et ses droits. Et il y a aussi des lois qui définissent, en les limitant, les droits privés de lEtat. Le droit de propriété est le droit essentiel de l'individu, droit d'où découlent tous les autres. L'Etat est propriétaire : est-ce à dire qu'il jouisse, comme tel, de tous les droits du propriétaire? A-t-il le droit illimité de disposition? Peut-il user et abuser comme il l'entend? A toutes ces questions, il faut répondre non; donc, l'Etat n'est pas une personne naturelle, c'est une personne fictive, quoique nécessaire.

On dit que la reconnaissance de l'Etat comme personne dépend, non du droit civil, mais du droit des gens. Cela est vrai de l'Etat considéré comme corps politique, et dans ses rapports avec les autres puissances. Quand un

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. II, §§ 86 et 89.

nouvel Etat se forme, il doit être reconnu par les autres Etats; jusque-là, il n'existe pas à leur égard. Il reçoit donc son existence par la voie de la diplomatie plutôt que par une loi. Mais qu'importe ? Toujours est-il qu'avant d'être reconnu, il n'existe pas, légalement parlant. Est-ce que l'homme a besoin d'une reconnaissance pour exister et exercer des droits ? Il existe du moment où Dieu lui a donné la vie, et il est partout un être juridique. Suffit-il que l'Etat soit reconnu diplomatiquement pour qu'il soit aussi une personne civile ? Ici, la diplomatie est hors de cause, c'est le droit public interne qui détermine la situation légale de l'Etat, et il faut de nouveau des lois pour définir et limiter les droits qui appartiennent à l'Etat, comme personne juridique.

Ce débat paraît assez oiseux, puisque c'est la législation de chaque pays qui décide quelle est la situation juridique de l'Etat. A mon avis, les questions de principes, qui paraissent inutiles, sont de la plus haute importance. Les droits des personnes naturelles sont illimités, comme leur destinée est infinie. S'il y avait des personnes civiles naturelles, il faudrait dire aussi d'elles que leurs droits sont illimités. Cela a été dit, dans l'intérêt des communes; on a dit qu'elles pouvaient faire tout ce qu'une personne physique peut faire. De là, des conflits et des difficultés que l'on éviterait en précisant les principes. Sans doute, les communes sont aussi anciennes que l'Etat, plus anciennes même; mais qu'on les fasse remonter aussi haut que l'on veut, on ne changera pas leur nature; ce ne sont pas des personnes réelles, donc ce sont des personnes fictives, et, comme telles, n'ayant qu'une existence limitée, restreinte aux intérêts purement locaux. La personnification est une question d'intérêt public ; il faut assigner à chaque personne morale sa sphère d'action, et ne pas lui permettre d'en sortir. Les communes font bien ce qu'elles ont capacité de faire, c'est-à-dire, les affaires locales; elles font mal les choses d'intérêt général, parce qu'elles les rapetissent et les altèrent en les traitant à leur point de vue. A chacun sa mission : à l'Etat, ce qui intéresse la société tout entière; aux communes, ce qui intéresse les localités.

92. La question que j'ai posée, s'il peut y avoir des personnes juridiques sans autorisation de la loi, se présente encore pour les sociétés. J'ai dit quel est le système de notre législation. Les sociétés de commerce ont seules une individualité juridique, distincte des associés. Comment acquièrent-elles cette personnalité? Sous l'empire de la législation française, on distinguait. Les sociétés anonymes, aux termes du code de commerce (art. 37), ne pouvaient *exister* qu'avec l'autorisation de l'empereur et avec son approbation de l'acte qui les constitue : cette approbation devait être donnée dans les formes prescrites pour les règlements d'administration publique, c'est-à-dire que le conseil d'Etat était appelé à discuter les actes constitutifs de la société. Le code n'exigeait point l'intervention du gouvernement pour les sociétés en nom collectif et en commandite. Pourquoi l'*existence* des sociétés anonymes était-elle subordonnée à l'autorisation du chef de l'Etat? L'orateur du gouvernement répond : « Les sociétés anonymes ou par actions sont un moyen efficace de favoriser les grandes entreprises, d'appeler en France les fonds étrangers; d'associer la médiocrité même, et presque la pauvreté, aux avantages des grandes spéculations, d'ajouter au crédit public et à la masse circulant dans le commerce. Mais trop souvent des associations, mal combinées dans leur origine, ou mal gérées dans leurs opérations, ont compromis la fortune des actionnaires et des administrateurs, altéré momentanément le crédit général, mis en péril la tranquillité publique. Il a donc été reconnu que nulle société de ce genre ne pouvait exister que d'après un acte public, et que l'intervention du gouvernement était nécessaire pour vérifier d'avance sur quelle base on voulait faire reposer les opérations de la société, et quelles pouvaient en être les conséquences. Avec ces précautions, les administrateurs de la société anonyme ou par actions géreront avec sécurité pour eux et leurs actionnaires (1) ».

(1) Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely), *Exposé des motifs*, n° 3 (Locré, t. XI).

L'exposé des motifs ne dit pas pourquoi les autres sociétés commerciales n'étaient pas soumises à l'autorisation, c'est sans doute parce qu'elles ne présentaient pas les mêmes dangers. Il résultait de là que les sociétés en nom collectif et en commandite, quoique non autorisées, étaient néanmoins des personnes juridiques, distinctes des associés; car on admettait que toutes les sociétés commerciales, ou, comme s'exprime l'article 529 du code Napoléon, les compagnies de finance, de commerce et d'industrie jouissaient de la personnification. N'en fallait-il pas conclure qu'en matière de sociétés, la volonté des associés suffit pour qu'il y ait incorporation? Et si la volonté a la puissance d'incorporer, pourquoi n'aurait-elle pas ce pouvoir pour toute espèce d'entreprises, civiles, littéraires, religieuses?

La difficulté s'est agrandie depuis que les lois nouvelles portées en France, en Belgique, en Angleterre et dans presque tous les pays de l'Europe, ont aboli la nécessité de l'autorisation pour la formation de sociétés anonymes. On sait les motifs de ce mouvement général; si l'autorisation était exigée, c'est comme garantie pour les actionnaires et pour les tiers qui traitent avec la société anonyme. Or, une triste expérience a prouvé dans tous les pays que la garantie de l'autorisation était illusoire. Les désastres des sociétés anonymes provenaient non seulement, comme le supposait le législateur français, de combinaisons mal conçues ou d'une mauvaise gestion; trop souvent, la société était très bien combinée pour enrichir les fondateurs en dépouillant les actionnaires. Dans cet état de choses, l'autorisation était plus qu'inutile, elle devenait un danger pour ceux qui se fiaient à l'intervention du gouvernement, croyant qu'elle les mettait à l'abri de la fraude. Mieux valait supprimer l'autorisation, et dire aux actionnaires et aux tiers que c'était à eux de veiller à leurs intérêts, et non au gouvernement. Tout ce que les lois ont pu faire, c'est de prescrire des conditions, qui assurent au moins la sincérité de l'entreprise et permettent aux tiers de calculer les chances de succès qu'elle peut avoir. Ce nouveau système vaut-il mieux que l'ancien? L'expérience décidera. En tout cas, ce n'est pas ici

le lieu de discuter ces questions; je dois me borner au principe de la personnification.

La loi belge dit que la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société anonyme, la société en commandite par actions, et la société coopérative constituent une *individualité juridique distincte de celle des associés* (n° 79). Cela veut-il dire que ces sociétés sont des personnes juridiques ou, comme disent les Anglais, des corporations ? On ne peut guère en douter, puisque telle était la doctrine généralement suivie, sous l'empire du code Napoléon, pour les sociétés commerciales La seule innovation que les nouvelles lois aient apportée à l'ancienne législation est que les sociétés anonymes ne doivent plus être autorisées; du reste, elles conservent le caractère de personne juridique qu'elles avaient. Voilà donc de nombreuses sociétés qui s'incorporent elles-mêmes, sans un acte législatif. Est-ce à dire que la volonté de l'homme suffit pour créer des corporations ? Nos lois ne disent pas cela ; elles déterminent les conditions requises pour qu'il y ait personnification; si ces conditions ne sont pas remplies, la société n'existera pas avec le caractère d'individualité juridique, ce sera une société ordinaire régie par le code civil. Ainsi, c'est toujours la loi qui incorpore; mais, au lieu d'un acte législatif pour chaque société, il y a une incorporation générale, subordonnée à certaines conditions.

93. Ce système ne devrait-il pas être appliqué à toutes les sociétés qui se forment dans un but littéraire, moral, religieux? Telle est la difficulté que j'ai signalée. Pour la résoudre, il faut d'abord constater les différences, et elles sont grandes, qui existent entre les sociétés commerciales personnifiées et l'incorporation en général. Pourquoi dit-on qu'une loi est nécessaire pour créer une personne juridique? C'est que la personne juridique est une fiction qui imite la personne réelle, et en un certain sens lui donne un caractère que l'homme, être d'un jour, n'a point, la perpétuité. Les sociétés commerciales ne sont pas des personnes fictives, exerçant les mêmes droits que les personnes réelles, et se perpétuant à l'infini. L'un des effets

les plus considérables de l'incorporation c'est que les personnes juridiques sont capables de recevoir à titre gratuit, et comme elles ne meurent point et qu'elles s'éteignent rarement, il en résulte un grand danger pour les familles et pour la société. Depuis que le législateur a eu conscience de sa mission, il s'est ému de ce danger ; c'est pour y remédier qu'il intervient dans la création des communautés et corporations ; j'ai transcrit les dispositions de l'édit de 1749 et du placard de 1753 qui attestent cette préoccupation. Le droit ni le danger n'existent pour les sociétés commerciales ; elles ne sont pas des personnes déclarées capables de recevoir à titre gratuit, donc elles n'ont pas cette capacité, et disons mieux, il serait ridicule de craindre qu'elles ne dépouillent les familles par des donations et des legs ; personne n'a jamais songé à leur faire des libéralités. Voilà déjà une différence capitale entre l'incorporation de l'ancien régime et la personnification des sociétés commerciales : le but de l'incorporation était précisément de rendre les personnes juridiques qu'elle créait capables de recevoir à titre gratuit, par l'excellente raison que les corporations religieuses et hospitalières n'existaient et ne vivaient que par la charité des fidèles ; malheureusement la charité était aveuglée et exploitée par ceux qui en profitaient. Faut-il ajouter que la personnification des sociétés commerciales a un tout autre objet et qu'elle ne présente aucun des dangers et des abus de l'ancienne incorporation ?

Les sociétés commerciales comme toute société ont pour objet le lucre, un profit à faire et à partager. Cela est de l'essence du contrat : là où il n'y a point d'esprit d'enrichissement, il n'y a point de société. De là cette conséquence très singulière et très importante que les congrégations religieuses, sous toutes leurs formes, ne constituent pas des sociétés, et ne pourraient pas, à ce titre, acquérir la personnification. En quel sens les sociétés sont-elles personnifiées ? La loi belge de 1873 ne se sert pas de ce terme, et avec raison ; elle se borne à dire que les sociétés commerciales ont une individualité juridique distincte de celle des associés. Voilà toute l'incor-

poration commerciale; les associés forment un corps, c'est ce corps qui possède, qui stipule, qui promet; les tiers traitent avec le corps, ils ne traitent pas avec les associés; dans les sociétés par actions, les associés ne sont pas même connus; c'est une association de capitaux et non de personnes. Faut-il un acte législatif pour qu'il puisse se former une association de capitaux, distincte des associés?

Les auteurs du code de commerce ne posaient pas la question en ces termes, et il importe de le remarquer; il n'est pas parlé, dans l'exposé des motifs, de personnification, ni d'incorporation, ni d'individualité juridique à conférer aux sociétés. Une seule chose préoccupe le législateur, c'est le danger que présentent les sociétés par actions quand elles sont mal conçues ou mal administrées : danger pour les nombreux actionnaires, attirés par l'appât du gain; ils se laissent engager à placer tout leur avoir dans des entreprises qui, par cela même qu'elles présentent des chances de bénéfices considérables, sont aussi menacées de pertes énormes. Les tiers qui traitent avec les sociétés de capitaux sont aussi dans une situation toute spéciale; dans les relations contractuelles ordinaires, le créancier a pour gage la personne et les biens de son débiteur : sa personne, c'est-à-dire son honorabilité : ses biens, c'est-à-dire sa fortune présente et à venir. Ces garanties n'existent pas dans les contrats faits avec une société de capitaux; les tiers traitent avec une personne fictive, il n'y a là ni responsabilité personnelle, ni par suite engagement des biens; les capitaux qui constituent la société répondent seuls de ses obligations; garantie nulle, quand la société fait de mauvaises affaires. On voit qu'il y a ici un conflit d'intérêts privés, intérêt des actionnaires, intérêt des tiers. Le danger qui menace des intérêts privés est-il une raison pour que le législateur intervienne dans la création des sociétés? En général la loi ne se mêle pas de l'intérêt des particuliers, elle croit avoir assez fait en leur laissant la plus entière liberté; et c'est certainement le meilleur système. L'industrie, depuis qu'elle est libre, fait des progrès merveilleux, au grand

profit des industriels et de la société; elle végétait et restait stationnaire, tant qu'elle était enchaînée par l'incorporation des arts et métiers. Pourquoi y a-t-il exception pour les sociétés par actions? Si l'on a cru l'intervention du gouvernement nécessaire, c'est à raison des nombreux intérêts qui sont engagés dans les grandes entreprises; or l'Etat est intéressé à ce que ces entreprises prospèrent, puisque la nation en profite. Et, si l'autorisation était une garantie, il eût certes fallu la maintenir; c'est parce que la garantie était nulle, qu'on l'a généralement abandonnée en la remplaçant par des conditions prescrites par la loi; de sorte que, dans le système moderne, l'incorporation est générale, tandis que jadis elle était individuelle. On peut même douter que l'intervention générale du législateur soit nécessaire et avantageuse. Pourquoi ne pas permettre à une société de capitaux de se former librement et de dire au public : Voici mon objet, ma constitution, les conditions sous lesquelles je traite : examinez, et si vous croyez l'entreprise bonne, devenez actionnaires, et contractez avec nous? Je ne réponds pas à la question, parce que je n'ai aucune compétence en cette matière; si je la pose, c'est pour marquer la différence qui existe entre la personnification des sociétés et l'incorporation des établissements d'utilité publique. Dans les sociétés, la personnification n'est qu'un règlement d'intérêts privés, et la loi peut, à la rigueur, s'en rapporter à la prudence des particuliers. Dans les établissements publics, il y a un intérêt général en cause; or le législateur et le gouvernement sont les gardiens des intérêts de tous; de là la nécessité de leur intervention quand il s'agit de créer des établissements qui ont pour objet un service d'utilité publique.

91. J'ai dit que la personnification des sociétés n'a pas le caractère de perpétuité qui distingue les personnes juridiques proprement dites (1). Ceci est un point essentiel. L'Etat, avec tous les corps et établissements qui s'y rattachent, est une personne perpétuelle; l'Etat ne meurt pas,

(1) Kent, *Commentaries on American law*, t. II, p. 350 (278), de la 12e édit.).

à moins que la nation dont il est l'organe ne vienne à être détruite, ce qui est un rare accident dans la vie de l'humanité. Les corporations religieuses et charitables ont la même ambition ; la religion est éternelle de son essence, et dans les pays catholiques, l'Eglise aspire à la même éternité, que dis-je! elle s'identifie avec Dieu, l'Etre Eternel, le seul qui le soit. L'homme voudrait aussi donner à ses idées, à ses sentiments, à son activité, cette durée perpétuelle qui est si peu en rapport avec sa courte existence. A mon avis, la perpétuité n'est pas seulement le caractère distinctif de l'incorporation, c'en est aussi le vice essentiel. En effet, l'homme est un être imparfait de son essence, mais destiné à se perfectionner sans cesse; il en résulte que la vérité, telle qu'il la conçoit, est toujours mêlée d'erreur. Qu'arrive-t-il quand il veut incorporer une idée qu'il croit vraie, grande, généreuse? C'est qu'il perpétue son imperfection, et si cette perpétuité se réalisait, elle deviendrait un obstacle à tout progrès. Au moment même où une corporation s'établit, elle a toujours un élément de vérité, elle est utile, bienfaisante, nécessaire même. Il en a été ainsi de l'incorporation des arts et métiers; mais en se perpétuant, elle aurait immobilisé l'industrie dans l'état d'imperfection où elle était à l'époque où les corps se sont formés; c'est seulement quand ces chaînes ont été brisées que la vie progressive a repris son cours. Les corporations religieuses, que nous flétrissons aujourd'hui comme la lèpre des Etats catholiques, ont eu leur raison d'être, leur grandeur, leurs bienfaits; comparez le monachisme, tel que les Pères de l'Eglise le comprennent, avec le monachisme de notre temps, c'est comme un idéal qui a fait place à la caricature. La raison en est que l'idéal n'avait qu'une valeur relative; en voulant le perpétuer, on a éternisé l'imperfection, jusqu'à ce point qu'elle est devenue un objet de dégoût.

Eh bien, ce caractère de perpétuité, si essentiel à la corporation et si funeste au progrès de l'humanité, n'existe point dans les sociétés commerciales. Le législateur belge a cru devoir l'interdire en limitant leur durée à trente ans. Il me semble que la prohibition était inutile; la mobilité

du commerce et la perpétuité sont des idées inconciliables : on n'allie pas le mouvement perpétuel et l'immobilité. Le but de ceux qui forment une société par actions n'est pas d'éterniser un établissement, ni de perpétuer une entreprise ; ils ne songent pas à se survivre à eux-mêmes, et ils sont beaucoup plus préoccupés de leurs intérêts actuels que des générations futures. Bref, ils spéculent sur de gros bénéfices ; tant que la société peut les réaliser, ils la maintiendront ; du moment où une cause quelconque, telle qu'une nouvelle invention, compromet la prospérité de la société, ils se hâtent de vendre leurs actions, ou de mettre fin à la société, afin de porter leurs capitaux ailleurs. J'en conclus que la personnification commerciale n'est point l'incorporation traditionnelle. Si donc les lois modernes les ont soustraites à la nécessité d'une autorisation individuelle, on n'en saurait rien induire quant à l'incorporation en général. Il y a là deux ordres d'idées absolument différents, qu'il faut se garder de confondre.

95. Maintenant il sera facile de répondre à la question que j'ai posée : Faut-il étendre à toutes les sociétés, à tous les établissements, à toutes les fondations le principe nouveau qui a été établi pour les sociétés commerciales, c'est-à-dire proclamer la liberté de l'incorporation ? La question n'a pas de sens, ainsi posée en termes absolus. Constatons d'abord une chose, c'est que les législateurs n'ont pas songé à abroger la règle qui exige un acte législatif pour la formation d'une personne juridique. Je me borne à rappeler les termes de la loi belge de 1873. Loin de généraliser l'incorporation par la seule volonté de l'homme, la loi l'a limitée à certaines sociétés commerciales ; toutes les autres restent sous l'empire du droit commun ; elles n'ont pas une individualité distincte des associés ; les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, les sociétés anonymes et les sociétés coopératives n'ont obtenu cette personnification incomplète que par la loi qui la leur accorde ; en dehors de ces sociétés, le droit commun, universellement pratiqué, est maintenu : pas d'incorporation sans un acte du pouvoir législatif ou du gouvernement, selon les constitutions de

chaque pays. En Belgique, le pouvoir exécutif est circonscrit dans des limites très étroites, il n'a d'autres attributions que celles qui lui sont données par la Constitution ou par les lois portées en vertu de la Constitution. La personnification ne peut donc jamais se faire qu'en vertu d'une loi qui l'accorde dans un cas particulier ou qui permet au gouvernement de l'accorder.

Y a-t-il des raisons pour ne pas étendre le nouveau principe, ou faut-il le considérer comme un premier pas fait dans la voie de l'incorporation? La réponse résulte de ce que je viens de dire. Les motifs pour lesquels les sociétés commerciales peuvent se constituer comme individualités juridiques distinctes des associés ne se rencontrent pas dans les autres sociétés ou établissements que des particuliers voudraient incorporer. N'oublions pas qu'il y a une fiction dans toute personnification, et que ces fictions n'ont d'autre raison d'être que l'utilité publique. Cela exclut d'une manière péremptoire la création de personnes civiles par la volonté d'un ou de plusieurs individus (1); car les particuliers ne sont pas juges de l'intérêt général; il y a dans tout Etat deux grands pouvoirs qui ont mission et charge de veiller au bien public et de diriger les actes des individus vers ce but, c'est le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, dans la sphère des attributions que les constitutions des divers pays leur donnent. De là la conséquence qu'il ne saurait y avoir d'incorporation sans l'intervention d'un acte législatif, loi, décret, ordonnance, règlement, arrêté. Pour les sociétés commerciales, le législateur a permis aux associés de s'incorporer en un certain sens, mais il n'a pas donné ce droit à toutes les sociétés de commerce ou d'industrie, il l'a refusé formellement aux sociétés en participation et aux associations commerciales momentanées, et implicitement aux sociétés civiles. Pourquoi la loi reconnaît-elle les unes, sous les conditions qu'elle détermine; pourquoi ne reconnaît-elle pas les autres? Le législateur est juge de l'intérêt

(1) Comparez le réquisitoire du procureur général Leclercq, dans l'affaire des sociétés anonymes étrangères (*Pasicrisie*, 1847, 1, 400).

général et se guide d'après cet intérêt, que lui seul a le droit d'apprécier.

96. On peut objecter qu'il y a des intérêts généraux reconnus comme tels partout : telles sont l'instruction et l'éducation, la charité appliquée à toutes les misères de l'humanité, la religion qui donne satisfaction à un besoin impérieux de l'homme. Pourquoi ne pas permettre aux particuliers de créer des établissements qui ont pour objet de pourvoir à ces intérêts permanents de l'humanité? Faut-il une loi pour déclarer qu'un établissement destiné à instruire et à élever les générations naissantes est d'utilité publique? Faut-il une loi pour permettre de soulager les misères qui abondent, et qui abonderont toujours? Faut-il une loi pour faciliter aux croyants le moyen de se réunir et de prier Dieu d'après leur foi, en travaillant à l'œuvre de leur salut? Oui, et sans doute aucun, l'instruction, la charité, la religion constituent un intérêt général; mais de là ne suit pas encore qu'il appartienne aux particuliers de régler et de gérer cet intérêt (1). Précisément parce que la société, sa conservation, son perfectionnement sont en cause, l'organe de la société, l'Etat doit intervenir pour déterminer la meilleure organisation de l'intérêt public qu'il s'agit de sauvegarder. N'appartient-il pas à l'Etat de décider si l'enseignement sera libre, et à quelles conditions? N'est-ce pas un devoir pour l'Etat de veiller à ce que la nourriture de l'âme ne devienne pas un poison? Et s'il était démontré que le droit d'incorporer des établissements d'instruction aboutirait à crétiniser les générations naissantes au lieu de les développer et de les perfectionner, ne serait-ce pas un strict devoir pour le législateur de prohiber toute incorporation en matière d'enseignement? Et qui oserait nier que ce danger existe dans les pays catholiques? Et là même où il n'existerait pas, n'y a-t-il pas lieu d'examiner, avant d'autoriser l'incorporation, si c'est là le moyen de pourvoir au progrès, qui est la vie de l'enseignement? ou si ce n'est pas plutôt

(1) Comparez les sages observations de Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. II, p. 276 et suiv., § 89.

un moyen d'entraver le perfectionnement? La perpétuité, en cette matière, vicie radicalement le bien que les particuliers voudraient faire; car ce serait éterniser l'imperfection. L'Etat seul, à mon avis, a mission d'enseigner; tout enseignement libre est vicié par des intérêts particuliers qui peuvent se trouver en conflit avec l'intérêt général. Ce n'est pas ici le lieu de discuter ces graves questions; tout ce que je veux constater, c'est qu'il y a en cette matière des raisons décisives pour ne pas donner aux particuliers le droit d'incorporation, et je crois que sur ce point je ne trouverai guère de contradiction.

97. La charité, dans sa plus large acception, est certes un intérêt public; mais ici une expérience séculaire témoigne contre l'incorporation. Toute charité n'est pas bonne, dit Savigny; il y a une bienfaisance qui, tout en soulageant les misères individuelles, perpétue la misère générale. Cette charité-là est décidément mauvaise; or, c'est cette charité qui a régné et qui règne encore dans les pays catholiques. On y a pris trop au pied de la lettre ces paroles de Jésus-Christ : Il y aura toujours des pauvres parmi vous; et la charité s'est mise à l'œuvre pour soulager les misères infinies qui règnent partout dans la classe la plus nombreuse et la plus pauvre, sans s'inquiéter des conséquences. Les conséquences se sont produites, elles se produisent encore sous nos yeux, même dans la charité laïque, car elle est restée imbue de cet esprit imprévoyant: la bienfaisance a tué l'esprit d'initiative, favorisé la fainéantise, créé des races de mendiants, avili les populations. Il y a une autre charité, qui s'adresse à l'âme, qui excite au travail, qui développe les facultés intellectuelles et morales. Cette charité ne dit pas : Il y aura toujours des pauvres, elle dit: Le nombre des pauvres doit aller en diminuant. L'idéal n'est point de procurer de l'assistance à tous ceux qui demandent des secours; l'idéal est de mettre tout homme à même de se passer de la bienfaisance publique. La charité doit donc se transformer complètement : elle ne consiste pas à distribuer des aumônes aux classes nécessiteuses, elle consiste à leur tendre la main pour les instruire, les élever, les moraliser. Au terme

de cette nouvelle charité, tout homme sera ou pourra être propriétaire. Dans cet ordre d'idées, il ne saurait être question d'incorporer la charité ; la charité incorporée dans les établissements publics doit même changer de but et de caractère ; à plus forte raison ne peut-on pas permettre aux particuliers d'incorporer et de perpétuer leurs préjugés et leur ignorance.

98. La religion est, à mon avis, le plus grand de tous les intérêts. Malheureusement c'est en cette matière que l'incorporation présente le plus de danger. Nous l'avons vue à l'œuvre pendant des siècles ; elle a créé des établissements sans nombre ; puis est venue la révolution de 1789 qui a aboli et détruit cette œuvre séculaire. Faut-il attribuer cette réaction contre le monachisme à des passions irréligieuses? Sans doute il y a un mouvement anticatholique dans la révolution, mais il est vrai aussi que les hommes sincèrement religieux ont applaudi à la destruction des couvents. Portalis l'a justifiée, en se plaçant sur le terrain du christianisme, et même dans les pays les plus catholiques on ne songe pas à restaurer le passé. Les moines n'ont plus de raison d'être dans nos sociétés modernes. L'idéal qu'ils se faisaient de la perfection chrétienne est faux, et en opposition ouverte avec les sentiments et les idées de l'humanité : elle ne place plus son idéal à vivre hors du monde, mais à vivre dans le monde, en le perfectionnant sans cesse : la virginité, loin d'être un état parfait, est une cause d'imperfection ; la perfection relative à laquelle l'homme peut aspirer ne se réalise que dans le mariage. En dehors du faux idéal qui les transfigurait, à quoi bon les moines? Leur charité est une fausse charité, un instrument de domination dans les mains de l'Eglise : le cœur même cesse de battre chez ces hommes et ces femmes sans patrie, sans famille, préoccupés exclusivement de leur salut, c'est-à-dire de leur égoïsme. Quant aux ordres enseignants, et ils le sont presque tous, c'est une vraie lèpre pour les Etats catholiques ; loin de les incorporer, il faut les dissoudre, car ils empoisonnent les générations naissantes au lieu de les élever.

99. Il y a pour la religion, pour la charité, pour l'instruction, des besoins qui semblent nécessiter une incorporation au moins dans de certaines limites. Quand il s'agit de l'instruction et de la charité, on peut soutenir que toute incorporation doit être rejetée, sauf celle qui se fait par l'Etat et par les établissements qui en dépendent. C'est ainsi que les choses se pratiquent en Belgique pour les fondations : les libéralités se font au profit de la commune, de la province et de l'Etat, selon l'établissement que le donateur a en vue. Je reviendrai sur ce point. Il en est de même des libéralités qui ont pour objet le culte catholique : les fabriques d'église les reçoivent. Mais il y a des confessions religieuses qui n'ont aucun lien légal avec l'Etat; elles existent en vertu de la liberté religieuse et de la liberté d'association; celles-là ne peuvent ni posséder, ni acquérir; il leur faut cependant au moins un temple et ce qui est nécessaire pour la célébration du culte. Dans l'état actuel des choses, ces confessions sont dans une situation très difficile; comment se procureront-elles un temple? Par voie d'achat? Qui sera propriétaire? L'acheteur, et non l'association religieuse, et cependant dans la pensée de l'acheteur, il entend acquérir pour son église. Le voilà dans la position des moines, obligé d'éluder la loi. Pourquoi la loi ne permettrait-elle pas l'incorporation du temple?

Ce que le temple est pour le culte, un local l'est pour les particuliers qui s'associent dans un but de charité. Les sociétés ouvrières, telles qu'elles s'organisent à Gand, et, à son imitation, à Liége, Verviers, Bruxelles, Mons, sont certainement le meilleur moyen de favoriser la culture intellectuelle et morale des classes travailleuses. Comment se procureront-elles un local? Elles n'existent pas, elles ne peuvent ni contracter, ni posséder. C'est une entrave qui vient d'arrêter, à Gand, l'établissement d'une nouvelle société d'ouvriers. Pourquoi la loi ne permettrait-elle pas l'incorporation des sociétés ouvrières, qui sont une dépendance des écoles d'adultes en leur laissant du reste une certaine autonomie?

La même nécessité se présente pour les écoles libres,

là où la Constitution les admet. Mais ici apparaît de nouveau le danger qui accompagne toute incorporation. La Constitution belge donne la liberté, elle ne permet pas à ceux qui en usent de s'incorporer. Le législateur doit-il appliquer aux écoles ce qu'il a fait pour les sociétés commerciales? Cela est impossible quand on songe qui fonde ces écoles, dites libres, et dans quel but. Elles ne sont pas créées pour répandre l'instruction, elles ont un but tout contraire, c'est d'empêcher les enfants de s'instruire dans les écoles communales. Le misérable enseignement qui s'y donne a encore un autre objet, tout aussi funeste, c'est d'inculquer aux jeunes générations la haine de nos libertés constitutionnelles, de leur inspirer l'obéissance aveugle à l'Eglise et à ses ministres, d'en faire des instruments, des bâtons, des cadavres. L'Etat doit-il, peut-il favoriser en quoi que ce soit des établissements qui ont pour objet de le ruiner et de détruire toute liberté?

Le danger de l'incorporation dite religieuse est si grand que je n'oserais pas même permettre l'incorporation très restreinte dont je viens de parler, au profit des confessions religieuses libres et au profit des associations ouvrières. La Belgique est couverte de corporations frauduleuses, la contagion de cette lèpre s'étend chaque jour; il faut se garder de faciliter les envahissements de l'Eglise. Voilà un des grands maux attachés à son esprit de domination : il empêche même la société laïque de faire le bien qu'elle voudrait et qu'elle devrait faire. L'incorporation restreinte à des besoins de première nécessité serait un bien; elle devient impossible tant que l'Etat est en face d'une Eglise qui profite de toutes les ouvertures pour étendre ses envahissements.

§ III. *Droits des personnes civiles.*

N° 1. CARACTÈRE DES PERSONNES CIVILES. ONT-ELLES DES DROITS PROPREMENT DITS?

100. Les personnes civiles figurent dans le droit international privé au même titre que les personnes physi-

ques : il s'agit de déterminer d'abord quels sont leurs droits en pays étrangers, puis par quelle loi ces droits sont régis. La question capitale, pour les personnes fictives comme pour les personnes réelles, est de savoir si elles ont des droits à l'étranger, et sous quelles conditions? On répond d'ordinaire qu'il n'y a aucune différence entre les personnes juridiques et l'homme; à mon avis, c'est là une grave erreur; c'est ne tenir aucun compte du caractère particulier qui distingue les personnes fictives, et, par suite, confondre des personnalités d'un caractère tout à fait différent. Pour éviter cette confusion, j'ai dû commencer par examiner l'objet de l'incorporation et la manière dont elle se fait. Ces considérations préliminaires étaient nécessaires pour montrer qu'il n'y a rien de commun entre la personne physique et la personne civile. Songe-t-on à se demander pourquoi il y a des hommes et un genre humain? Si cette question peut être agitée, ce n'est du moins pas dans la science du droit, les jurisconsultes abandonnent ce débat à la philosophie et lui empruntent seulement la notion qu'ils se font de la destinée humaine. Bien moins encore la seconde question que nous venons d'examiner peut-elle être discutée pour l'homme. Nous avons dû demander qui a le pouvoir de créer les personnes juridiques : est-ce l'homme qui les crée par sa volonté individuelle, ou est-ce la loi, organe de la puissance souveraine? Aux personnes physiques, on ne demande pas : Existez-vous, et qui vous a créées, quel est votre titre à l'existence? êtes-vous des êtres juridiques, ou êtes-vous le néant? Ceux qui feraient ces étranges questions, comme ceux à qui elles s'adresseraient, ont tous le même titre à l'existence; ils vivent et ils tiennent leur vie de Celui de qui toute vie procède. Voilà l'abîme qui sépare les personnes physiques et les personnes civiles : les unes vivent, les autres ne vivent point : les unes sont des êtres réels, les autres sont des êtres fictifs. Peut-on songer après cela à assimiler la réalité et la fiction? la création par Dieu et la création par l'homme? La question pour celui qui croit en Dieu est une absurdité et une impiété. Cependant les personnes fictives, œuvre de la loi,

ont une certaine existence, et elles jouissent de certains droits; il importe de savoir quels sont ces droits, et à quel titre une fiction a des droits. Alors il nous sera facile de répondre à la question qui seule intéresse le droit civil international : quelle est la situation des personnes civiles à l'étranger? C'est parce que les auteurs n'ont pas fait l'étude préliminaire à laquelle je viens de me livrer et que je continue encore, qu'ils ont confondu des personnalités essentiellement distinctes et qu'ils ont abouti à une conséquence qui est en opposition avec la nature même des personnes civiles.

101. Les légistes sont des logiciens, et ils aiment à pousser les idées qu'ils rencontrent dans leur science jusqu'à leurs conséquences dernières. Par là s'explique l'assimilation complète que lord Coke, un excellent jurisconsulte, établit entre les personnes civiles et les personnes physiques. Que font les père et mère quand Dieu leur donne un enfant? Ils le baptisent et l'inscrivent sous un nom qui le distingue de tous les autres membres de la famille. L'incorporation est l'acte de baptême de la personne juridique; quand un fondateur donne un nom au collége ou à l hôpital qu'il établit, il tient lieu de parrain, et c'est le roi qui, en donnant ce nom au corps qu'il crée, le baptise. Le nom est chose essentielle dans l'incorporation; sans nom il n'y a pas de personnalité; il faut donc que toute personne ait son nom; elle le reçoit lors de son baptême (1). La comparaison, quelque singulière qu'elle paraisse, ne manque pas d'exactitude; remarquez que sir Coke ne dit pas que le fondateur impose le nom à ce qui semble être son œuvre, il fait seulement fonction de parrain, il présente le nouveau-né au baptême; c'est le roi, vrai créateur, qui donne le nom : voilà la fiction.

Le mot de personne fait illusion aux juristes; ils sont disposés à croire que l'incorporation ayant pour effet de créer une personne, cette personne doit jouir de tous les droits qui appartiennent à une personne naturelle. Cepen-

(1) J'emprunte cette citation curieuse à Stephen, *Commentaries on English law*, t. III, p. 11.

dant ici le bon sens arrête nos légistes dans leurs déductions logiques. Blackstone se demande si une personne juridique peut être excommuniée. Il répond négativement, et il en donne la raison d'après sir Coke, c'est que la personne civile n'a point d'âme (1). La raison est excellente; mais n'aurait-elle pas dû faire réfléchir notre jurisconsulte? Dans le baptême, il s'agit aussi de l'âme de l'enfant et de son salut. Est-ce que les personnes civiles naissent infectées du péché originel? et seraient-elles exposées aux feux de l'enfer sans le sacrement du baptême? Si tout cela est ridicule, n'est-il pas tout aussi absurde de comparer une fiction à un être réel? Si, comme le dit lord Coke, la personne juridique n'a point d'âme, il en faut conclure qu'elle n'est pas une personne. Savigny, le célèbre jurisconsulte de Berlin, a aussi de ces truismes: il demande quels sont les droits des personnes civiles, et il répond gravement qu'elles ne jouissent pas des droits de famille, il n'y a pour elles ni mariage, ni puissance paternelle, ni tutelle, ni agnation, ni cognation (2). Ces naïvetés ont leur prix, elles prouvent mieux que tout ce que je pourrais dire que les personnes juridiques ne sont pas des personnes (3), et que, par conséquent, les auteurs ont tort de mettre sur la même ligne des êtres fictifs et des êtres réels.

102. Cependant les auteurs du code italien se sont laissé entraîner par la logique des idées, pour mieux dire des mots; après avoir dit, dans l'article 1er que tout citoyen jouit des droits civils, le code ajoute, article 2 : « Les communes, les provinces, les établissements publics, civils ou ecclésiastiques, et, en général, tous les corps moraux légalement reconnus, *sont regardés comme des personnes* et jouissent des droits civils, selon les lois et les usages constituant le droit public. » Il y aurait bien des choses à dire sur cette disposition. Comment se fait-il

(1) Blackstone, *Commentaries*, t. I, p. 477.
(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. II, p. 239.
(3) Comparez l'excellent réquisitoire de M. Leclercq, où le savant magistrat se donne beaucoup de peine pour prouver que les personnes civiles ne sont pas des personnes (*Pasicrisie*, 1847, 1, 399).

que l'Etat, la plus caractérisée des personnes juridiques, et la seule que l'on puisse qualifier de *nécessaire*, ne figure point dans l'énumération des personnes juridiques? Et pourquoi y place-t-on les établissements *ecclésiastiques* à côté des établissements *civils*, comme si tout établissement public n'était pas *civil*, par cela seul qu'il faut une *loi* pour le reconnaître? Je laisse ces critiques de côté pour m'en tenir à l'objet de mon Etude. Est-il vrai que les *corps légalement reconnus* sont des *personnes?* Je renvoie le législateur italien aux truismes de lord Coke et de Savigny. Chose singulière! Les auteurs mêmes du code, après avoir affirmé que les corps reconnus par la loi sont des personnes, n'osent pas mettre les personnes juridiques sur la même ligne que les personnes réelles. L'article 1er dit des personnes réelles, sans restriction aucune, qu'elles *jouissent des droits civils*; tandis que l'article 2 dit des prétendues personnes civiles qu'elles jouissent des droits civils, *selon les lois et usages constituant le droit public*; ce qui implique une restriction, et la restriction est telle, que l'assimilation devient fausse. En effet, le droit public auquel le code italien renvoie les personnes juridiques, pour ce qui concerne leurs droits, établit le principe que les personnes fictives n'ont d'autres droits que ceux que la loi leur accorde, au lieu que les hommes jouissent de tous les droits privés, par cela seul qu'ils sont hommes.

103. La critique que je me permets de faire du code italien ne porte pas sur les mots; j'ai dit ailleurs (1), combien il est dangereux de donner aux corporations la qualification de *personnes* qui semble les assimiler aux personnes physiques, et leur attribuer, par conséquent, une sphère d'action illimitée. Il y a toujours un danger dans l'incorporation, c'est que les êtres fictifs, qui ont une durée illimitée, n'abusent de leur perpétuité, pour s'emparer des biens qui doivent être le patrimoine de l'homme; le législateur qui les crée doit donc veiller à ce qu'ils ne dépassent pas les limites qu'il leur a imposées. Etablis

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 368 et 387.

pour un service public, les corps ne sauraient être des personnes; si la loi leur accorde certains droits, c'est uniquement pour qu'ils puissent remplir la destination qui leur est attribuée. C'est ainsi que procède le législateur américain, il s'est gardé d'assimiler les corporations à des personnes; cependant il les voit avec faveur, dans aucun pays il n'y a autant de chartes d'incorporation qu'aux Etats-Unis; et l'on pourrait croire que la charte devrait suffire pour que la corporation reconnue ait tous les droits qui lui sont nécessaires pour remplir sa destination. Cela serait logique si la corporation était une personne véritable, comme le dit le législateur italien; mais, à vrai dire, il est le seul et le premier qui ait consacré cette assimilation. Le législateur américain ne procède pas par généralités; il détermine et précise dans chaque charte les droits qu'il veut accorder au corps qu'il reconnaît (1).

104. Le code Napoléon est conçu dans le même esprit. Il ne prononce pas le mot de personne civile ou juridique, ni celui de corporation, ni aucun autre pour désigner les êtres fictifs dont il reconnaît cependant l'existence. Le premier livre, qui traite des Personnes, ne parle que des personnes naturelles; cela est déjà significatif; en ne mentionnant pas même les corporations là où il aurait dû en faire mention s'il avait entendu leur reconnaître une vraie personnification, le législateur la leur refuse implicitement. Au second livre, il est question de la propriété; or, la propriété est précisément le droit que la doctrine reconnaît aux personnes qu'elle appelle juridiques. Que dit le code Napoléon? « Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières (art. 537). » Je reviendrai sur cette disposition qui est d'une grande importance. Le code ne dit pas à qui appartiennent les biens qui ne sont pas dans le domaine des particuliers. Dans les articles suivants, il parle du domaine public qui appartient à

(1) Kent, *Commentaries on american law*, t. II, p. 350 (278) de la 12e édition.

l'Etat et il définit les biens communaux (art. 538-542). C'est dire implicitement que l'Etat et les communes sont propriétaires, mais le droit qu'ils ont sur les biens n'est pas une véritable propriété : de là le silence du code. Quant aux établissements publics qui peuvent aussi posséder, la loi ne les nomme même pas, elle en suppose seulement l'existence dans l'article 537. Même manière de parler dans l'article 619 qui porte : « L'usufruit qui n'appartient pas à des particuliers ne dure que trente ans. » Comment les corporations acquéraient-elles dans l'ancien droit? Par des dons et legs. Au titre des Donations et Testaments, il fallait donc dire si d'autres que des particuliers étaient capables d'acquérir à titre gratuit. L'article 910 dit que les dispositions entre-vifs ou par testament au profit des *hospices,* des pauvres d'une commune ou d'*établissements d'utilité publique,* n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par un décret impérial. » L'expression *établissements d'utilité publique* ou *établissements publics* est la seule expression légale pour désigner les corporations ou les personnes juridiques. Parmi ces établissements le code cite les hospices, il ne les déclare pas capables d'acquérir à titre gratuit; il faut pour chaque libéralité un décret impérial. D'ordinaire le législateur énumère les personnes fictives dont il doit parler, il nomme alors l'*Etat,* les *communes* et les *établissements publics* (art. 1712, 2045, 2121, 2153, 2227). Que dit le code de ces *corps* et de ces *établissements?* Il leur reconnaît certains droits concernant les biens, mais jamais il ne les met sur la même ligne que les personnes réelles.

105. Ici éclate la différence capitale qui existe entre les vraies personnes, les hommes, et les personnes fictives. En parlant des personnes, le code dit : « *Tout Français* jouira des *droits civils.* « Tout Français est donc une personne juridique, capable de tous les droits privés dont l'homme jouit dans la société. Ce que l'article 8 dit des Français, l'article 11 le dit des étrangers; la condition de réciprocité qu'il exige n'empêche pas qu'ils aient la personnalité juridique, sans laquelle la réciprocité ne pour-

rait pas leur profiter. Le principe est donc que tout homme jouit des droits privés et en jouit partout. On appelle ces droits privés des droits naturels, parce que l'homme les tient de la nature. Ce sont certaines facultés qui se rapportent soit aux relations des individus entre eux, soit aux relations des individus avec les objets du monde matériel. Ces facultés sont nécessaires à l'homme pour son développement physique, intellectuel et moral; il doit donc en jouir pour qu'il puisse remplir la destination pour laquelle Dieu l'a créé. En est-il de même des personnes fictives? La question n'a point de sens; ou il faut répondre, comme lord Coke, que les corporations n'ont point d'âme, donc on ne peut pas leur dire, comme Jésus-Christ dit à ses disciples : « Soyez parfaits comme votre père dans les cieux. » L'assimilation des personnes juridiques aux personnes réelles implique une absurdité; c'est mettre sur la même ligne la vie et le néant.

Le néant, en ce sens qu'il n'y a pas deux vies, il n'y en a qu'une; les hommes seuls vivent, les personnes juridiques ne vivent pas. Elles n'ont qu'une existence fictive, une mission légale pour l'accomplissement de laquelle il leur faut certaines facultés, notamment la propriété. C'est ce qu'on appelle leurs droits. On voit déjà la distance immense qui existe entre les droits des hommes et les droits des personnes fictives. Les droits des hommes sont illimités comme leur mission est infinie : chacun a sa vocation qui lui est assignée par les facultés dont Dieu l'a doué; chacun choisit, en conséquence, sa carrière, et s'y meut librement, usant de tous les droits que la nature donne et que la loi consacre. En est-il de même des personnes fictives? La loi qui les crée leur confie un service public, c'est une mission légale, mais strictement limitée; pour accomplir ce service, il faut à ces établissements d'utilité publique certains droits que la loi leur accorde. Leurs droits, comme leur destination, sont donc limités. Il en est ainsi de l'Etat qui est la seule personne juridique qui soit nécessaire, et qu'à ce titre on puisse comparer à l'homme. Le code Napoléon dit-il de l'Etat qu'il jouit des droits civils? Non certes : il suppose qu'il possède,

qu'il peut acquérir. En effet, l'Etat a des dépenses nécessaires à supporter, il doit donc avoir des biens à sa disposition, et pour les acquérir, il doit avoir le droit de contracter. L'Etat est encore dans l'obligation de conclure des marchés, par suite desquels il devient débiteur ou créancier. En ce sens, l'Etat a une personnalité et des droits. Toutefois le code civil ne lui donne jamais le nom de personne, et il ne dit pas, comme le fait le code italien, qu'il jouit des droits civils; et le législateur français a raison d'y mettre cette sage réserve. L'homme seul a des droits, parce qu'il existe, tandis que l'Etat tient ses droits de la loi; ils sont donc nécessairement limités; ce sont des droits concédés, ce ne sont pas des droits naturels.

L'Etat est la plus caractérisée des personnes fictives, parce que sa mission embrasse tous les intérêts généraux, et les intérêts privés mêmes sont sous sa tutelle. Toutes les autres personnes juridiques procèdent de l'Etat, telles que les communes et les provinces, ou s'y rattachent comme les établissements d'utilité publique. A mesure qu'on s'éloigne de l'Etat, la personnalité fictive est moins caractérisée et les droits sont plus restreints; les provinces et les communes n'ont pour sphère d'action que les intérêts provinciaux et communaux, c'est seulement dans la limite de ces intérêts qu'elles ont des droits. La loi les charge d'une partie du service de l'enseignement, mais ce droit est limité aux écoles qu'elles peuvent et doivent créer; pour ce service, elles sont capables de recevoir, et en dehors de ce service leur capacité cesse; leurs droits sont en rapport avec leur mission. Les droits des établissements publics sont plus limités encore; autre est la mission d'un bureau de bienfaisance, autre est celle des hospices, quoique ces établissements soient chargés l'un et l'autre du service de la charité publique; leurs droits sont définis à raison de leur destination légale. La destination légale et les droits qui y sont attachés sont encore plus restreints quand il s'agit d'établissements spéciaux, tels que les fabriques d'église et les séminaires. Les sociétés commerciales sont les moins caractérisées des personnes juridiques; c'est à peine si l'on peut dire qu'elles

ont des droits. Le code de commerce dit qu'elles ont une individualité juridique distincte de celle des associés, ce qui veut dire qu'elles sont propriétaires, créancières et débitrices, et que les associés n'ont qu'une responsabilité limitée. Personne ne songerait à dire que les sociétés jouissent des droits civils.

106. Savigny dit que les personnes juridiques jouissent toutes du droit de propriété; mais il ajoute, et avec raison, que ce n'est pas pour être propriétaires que la loi les crée. Ce qui constitue la vie fictive des personnes civiles, ce ne sont pas les biens qu'elles acquièrent et qu'elles administrent, c'est la destination publique que la loi leur donne. Les biens que l'Etat possède sont peu de chose en comparaison de la mission qu'il remplit comme organe des intérêts généraux et comme protecteur des intérêts privés. La propriété est le moyen, et le moyen est subordonné au but. Ce n'est pas dans ces termes que nos anciens jurisconsultes parlent de la propriété. J'ai cité, dans le cours de ces Etudes, les paroles énergiques de Bourgoingne; le légiste belge dit que l'homme sans biens est comme un cadavre dans la société civile. Il est certain que la propriété est l'expression et la garantie de l'individualité humaine : la propriété concentre les droits que l'homme a sur le monde physique, il en est le maître et la transforme à sa guise. En ce sens les Romains disaient que le propriétaire a le droit d'user et d'abuser, et le code Napoléon exprime la même idée en disant que la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue (art. 544).

Les personnes juridiques sont propriétaires. Peut-on leur appliquer ce que les jurisconsultes et les lois disent de la propriété? La question implique de nouveau une absurdité comme toutes celles qui supposent que les droits sont pour les personnes juridiques ce qu'ils sont pour les personnes réelles. L'Etat n'a certes pas le droit d'user et d'abuser des biens qui sont dans son domaine, et ce qui est vrai de l'Etat l'est, à plus forte raison, des autres

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. II, p. 239 et 240.

personnes juridiques. C'est ici le lieu de revenir sur l'article 537, qui établit nettement la différence qui existe entre la propriété des personnes physiques et celle des personnes fictives, et, en termes plus généraux, entre les droits des unes et des autres : « Les *particuliers* ont la *libre disposition* des *biens* qui leur *appartiennent* sous les modifications établies par les lois. Les *biens qui n'appartiennent pas à des particuliers* sont *administrés* et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières. » A entendre Treilhard, l'orateur du gouvernement et les interprètes du code Napoléon, l'article 537 ne veut rien dire, sinon que le code ne s'occupe pas des biens qui appartiennent aux personnes juridiques. Le texte de la loi donne un démenti à cette interprétation. Après avoir déclaré, dans le premier alinéa, que les particuliers ont la *libre disposition* de leurs *biens,* l'article 537 ajoute qu'il y a des biens qui n'appartiennent pas à des particuliers. Qui sont ces propriétaires autres que les individus? Ce sont les personnes dites civiles. Pourquoi le législateur français ne les nomme-t-il pas par le nom traditionnel qu'elles portaient jadis? On les appelait *gens de mainmorte.* Le mot était aussi odieux que la chose aux hommes de la révolution, et non sans raison, car il leur rappelait la spoliation des familles et une grande partie du sol mise hors du commerce. Le législateur français ne voulait plus de corporations ; il y en a cependant encore dans notre droit moderne ; mais si les auteurs du code civil évitent avec tant de soin de les nommer et de les qualifier de personnes juridiques ou civiles, c'est sans doute pour marquer la différence profonde qui sépare les personnes réelles de ces êtres fictifs auxquels on reconnaît une espèce de personnalité. Cette différence est marquée en termes nets par l'article 537. Qu'est-ce qui fait l'essence de la propriété? C'est que le propriétaire gère comme il veut, jouit comme il lui plaît et dispose de sa chose comme il l'entend. Tels sont les particuliers propriétaires. Il en est bien autrement des personnes juridiques ; elles sont assujetties à des règles spéciales quant à l'administration des biens qui leur appartiennent. ainsi

que pour en disposer. Ce ne sont donc pas des propriétaires, ou, si l'on veut, la propriété a pour elles une autre signification que pour les particuliers (1). Et ce que la loi dit de la propriété, il faut le dire de tous les droits dont jouissent les personnes juridiques. Ils ont un tout autre caractère quand ils sont exercés par des êtres fictifs. Ce ne sont plus des facultés, ce sont des charges; leur vie fictive n'est qu'une mission, un service public; et les droits que la loi leur accorde à raison de cette destination participent du même caractère. Si les bureaux de bienfaisance ont le droit de recevoir à titre gratuit, c'est à charge de distribuer ces dons aux pauvres. Si les hospices possèdent de vastes établissements, c'est pour y traiter les malades, y élever les orphelins, y soigner les vieillards. On n'a jamais appelé une charge un droit, donc les personnes juridiques n'ont pas de droits proprement dits.

Aussi quelle différence dans la législation qui régit la propriété des particuliers et dans celle qui régit la propriété des personnes juridiques! La loi accorde toutes ses faveurs à la propriété individuelle, elle y attache le droit le plus important, l'exercice de la souveraineté; en ce sens le mot de Bourgoingne a encore une triste vérité : nos prolétaires ne sont pas des citoyens; ombres sans corps, ce sont des cadavres vivants. C'est une raison pour que toute la sollicitude de l'Etat se porte sur les classes les plus nombreuses et les plus pauvres; elle n'aura plus pour objet de leur faire distribuer le pain du corps à la porte d'un couvent, elle tendra la main aux déshérités de ce monde pour les appeler à l'héritage commun et leur en donner une part : notre idéal est que tout homme soit propriétaire, et cet idéal commence dès maintenant à se réaliser. Est-ce que les personnes juridiques ont aussi leur part dans l'héritage commun de l'humanité? Les corporations religieuses y ont eu une part telle que les droits des familles et des individus étaient menacés de s'engloutir dans le gouffre ecclésiastique. De là les lois portées pour réprimer cette avidité aussi insatiable que l'ambition de

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. II, p. 89, n° 70.

l'Eglise. Les lois furent impuissantes, il fallut recourir à la suppression des corporations; elles ont ressuscité par la fraude; la fraude sera le motif péremptoire d'une suppression nouvelle et définitive. Quant aux corporations laïques, qui, à certains égards, ont remplacé les gens de mainmorte, elles doivent aussi changer de caractère en même temps que la charité changera de nature et de but. La propriété incorporée ira en diminuant, mais, par contre, la propriété individuelle s'étendra : la fiction doit faire place à la réalité.

107. Comment les établissements publics acquièrent-ils? Ici il y a une nouvelle différence, et elle est capitale, entre les corporations et les particuliers. Ceux-ci exercent un trafic, commerce, industrie, agriculture; c'est par leur travail qu'ils s'enrichissent. Les personnes juridiques ne travaillent point; je laisse de côté les sociétés commerciales qui ont une situation à part. L'Etat et tous les établissements qui en dépendent ne sont ni commerçants, ni industriels, ni agriculteurs, et quand même l'Etat fait un acte de commerce, comme voiturier, par exemple, en matière de voies ferrées, ce n'est pas pour faire un lucre, c'est pour remplir un service public; au lieu de transporter les hommes et les choses au plus haut prix possible, il cherche à faire les transports au plus bas prix, afin de faciliter les entreprises des particuliers. L'Etat n'a jamais pour but de s'enrichir, il aide les particuliers à s'enrichir, c'est la prospérité des citoyens qui fait sa richesse.

Cependant il y a des corporations dont les biens vont tellement en s'accumulant, que leurs richesses sont devenues dangereuses pour la société, et que l'Etat a dû finir par les supprimer; ce sont les corporations religieuses, toutes fondées dans un esprit de piété ou de charité; de là le nom qui les désignait, *pia corpora*, *piæ causæ*. Comment, sans travailler, devenaient-elles riches? La religion avait appris aux fidèles que donner à l'Eglise, c'était donner à Dieu, et que donner à Dieu était un moyen infaillible de gagner le Ciel. Quand on dit que les corporations religieuses ne trafiquaient pas, on dit mal; elles faisaient le trafic le plus considérable et le plus lucratif qui ait

jamais été imaginé, elles trafiquaient et elles trafiquent encore de la bêtise humaine; le Ciel qu'elles vendent n'est pas dans leur domaine, et cependant, comme la félicité éternelle est chose inappréciable, elle ne saurait être achetée trop cher; de là les libéralités qui affluent dans les mains de l'Eglise et de ses établissements, et afin que la source de ces libéralités ne tarisse point, elle emploie toute sa puissance à maintenir, que dis-je? à augmenter la bêtise humaine : il n'y a pas de plante rare qui soit cultivée avec autant de soin que cette plante vénéneuse.

Les corporations religieuses sont abolies par la loi, mais elles se sont reconstituées par la fraude. Je les laisse de côté pour le moment. Les établissements charitables ont été reconstitués, sous une forme laïque et, exerçant la charité au nom de l'Etat, ils vivent aussi de charité; il y en a qui sont restés dans les mains de l'Eglise, ce sont les plus dangereux. Toutes les corporations présentent un danger, c'est qu'elles s'enrichissent par des libéralités, ce qui ne peut se faire qu'aux dépens des familles et au préjudice de l'Etat, car les biens qu'elles possèdent ne servent plus à accroître la richesse publique; ce sont des biens de mainmorte qui ont une destination charitable, il est vrai, mais leur charité même peut devenir malfaisante. Supposez, dit Savigny, qu'un homme riche, par esprit de bienfaisance, lègue tous ses biens à un bureau de bienfaisance, déjà trop richement doté : à quoi servira cette surabondance d'aumônes? A détourner les hommes du travail, à nourrir et à perpétuer la pauvreté, en même temps que la paresse et tous ses vices, à avilir en définitive la population ouvrière. La supposition de Savigny est devenue une réalité dans plus d'une de nos villes. Il a donc fallu mettre des limites aux libéralités qui se font au profit des établissements publics, quelque louable que soit l'intention des donateurs et des testateurs.

Voilà encore une différence caractéristique entre les particuliers et les corporations. Les premiers ont une capacité illimitée d'acquérir à quelque titre que se soit : entre leurs mains, la propriété est une source de richesses pour eux et pour l'Etat. Tandis que la loi craint l'accu-

mulation des biens qui se fait au profit des corporations; pour l'empêcher, elle les déclare incapables de recevoir à titre gratuit, sauf en vertu d'une autorisation expresse pour chaque don et chaque legs. Ce principe est fondamental, et il importe de s'y arrêter, parce qu'il caractérise les droits dont jouissent les corporations. On pourrait croire qu'une fois reconnues par la loi, et appelées à la vie, fût-elle fictive, elles doivent avoir le droit de recevoir à titre gratuit. Non, la reconnaissance de l'établissement ne suffit point, sa capacité d'acquérir est limitée, comme le service public pour lequel il a été créé; il reste incapable, en ce sens, quoique reconnu, il ne devient réellement capable de recueillir la libéralité que par l'autorisation, laquelle peut être refusée, ou modifiée et restreinte dans l'intérêt des familles. Tel est le principe consacré par le code Napoléon (art. 910 et 937), comme je l'ai dit ailleurs (1).

108. Là ne se borne pas l'incapacité des établissements publics, car leur capacité est une véritable incapacité. Ils ne peuvent recevoir des libéralités que dans les limites du service auquel ils sont affectés, ce qui prouve que le service public domine dans l'incorporation. La personne juridique créée pour le remplir n'est qu'un instrument; si elle reçoit, c'est avec charge d'employer les biens à la destination pour laquelle elle a été créée. On ne peut pas appeler cette faculté de recevoir un droit, c'est une charge. C'est seulement à raison de cette charge que la loi reconnaît l'établissement, et c'est uniquement en vue de cette charge qu'elle le déclare capable de recevoir. La loi belge du 24 décembre 1868 sur les fondations a très bien établi les principes qui régissent cette matière difficile. Si le code Napoléon se sert de l'expression d'*établissement public* pour désigner les êtres fictifs que les auteurs nomment *personnes civiles,* c'est pour marquer que ces établissements ont une destination spéciale, laquelle limite strictement leur capacité. La loi crée ces établissements en les chargeant d'un service public; pour remplir cette

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XI, p. 254, n° 187.

mission, ils doivent être capables de posséder et il leur faut des biens; la loi leur permet d'en acquérir à titre gratuit. Ces biens sont affectés à la même destination qui constitue la mission de l'établissement. C'est dire qu'il ne peut recevoir de libéralités qu'en vue du service public dont il est chargé, et à raison duquel on lui reconnaît une certaine capacité. Il ne pourrait recevoir pour une autre destination, car en dehors de la destination pour laquelle il a été créé, il n'existe pas. Il n'a donc qu'une existence limitée et des droits limités : tout est subordonné au service public.

109. La loi de 1868 reconnaît trois services publics pour lesquels on peut faire des libéralités, l'enseignement, la charité et le culte. Ce sont les établissements chargés de ces services qui reçoivent les libéralités; de sorte que les fondations faites en vue de l'instruction doivent s'adresser à l'Etat, aux provinces ou aux communes, selon l'enseignement que le donateur a en vue. L'enseignement a toujours été rangé parmi les *causes pies*, soit que les fondations eussent pour objet l'établissement d'une école ou des bourses créées au profit des écoliers pauvres. Mais sous l'ancien régime, toute fondation devenait une personne juridique; en Angleterre, les anciennes universités ont conservé ce caractère. Sous le régime de la loi de 1868, c'est l'Etat, la province, ou la commune qui constitue la personne juridique chargée de l'enseignement; en dehors de ces corps, il ne peut plus y avoir d'école incorporée. Il est vrai que, d'après notre Constitution, l'enseignement est libre, et nous avons des universités libres créées en vertu de cette liberté: mais ces universités n'ont pas la qualité de personnes juridiques; légalement partant, elles n'existent point. Aussi la loi nouvelle établit-elle le principe que les écoles libres ne peuvent recevoir aucune libéralité, elles sont plus qu'incapables, elles n'existent pas, c'est le néant (1). Le système de la loi belge est parfaitement juridique : on lui a reproché de tarir les sources de la charité en interdisant des

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XI, p. 276, nos 199 et suiv.

fondations en dehors de l'enseignement public. Sans doute, l'Etat n'a pas de Ciel à vendre, et il est heureux que cette source de bienfaisance vienne à tarir entièrement, car les spéculations sur la bêtise humaine touchent de près à l'escroquerie, et, en tout cas, elles perpétuent la bêtise. Cela n'empêchera pas la véritable bienfaisance de survivre à la superstition ; nous en avons des exemples à Gand et ils se multiplieront.

110. Le service de la charité publique est confié aux bureaux de bienfaisance et aux hospices. D'après la loi communale belge, il doit y avoir un bureau de bienfaisance dans chaque commune (1); ses fonctions consistent à distribuer des secours à domicile; à cet effet, les bureaux sont déclarés capables de recevoir des libéralités; ils recueillent les dons faits aux pauvres. Le mot *hospices,* dans son acception la plus large, comprend les établissements où les pauvres sont reçus, n'importe pour quelle cause. En ce sens, les *hôpitaux* sont aussi des *hospices*. Dans un sens plus spécial, on entend par *hôpitaux* des établissements où l'on traite les malades, et par *hospices* les établissements où l'on reçoit les orphelins et les vieillards; les maisons d'aliénés sont moitié hospices, moitié hôpitaux. Dans l'ancien régime, chaque hospice formait un *corps pie,* et avait, par conséquent, une existence disdincte; de là des abus sans nombre. La loi du 16 vendémiaire an v centralisa tous ces établissements en confiant aux corps municipaux la surveillance des hospices qui se trouvent dans leur arrondissement; ils nomment, à cet effet, une commission que l'on appelle la commission des hospices.

Quoique les établissements de charité ne soient pas administrés directement par les communes, ils dépendent néanmoins de l'autorité communale; c'est elle qui nomme les *bureaux* ou *commissions* chargés de ce service, c'est elle qui contrôle leur gestion, qui reçoit leurs comptes, et c'est aussi la commune qui supplée à l'insuffisance de leurs ressources. En ce sens, les bureaux de bienfaisance

(1) Loi du 30 mars 1836, art. 92.

et les hospices sont des établissements communaux, ayant, il est vrai, une administration distincte, mais procédant de la commune et relevant d'elle. Les bureaux de bienfaisance et les commissions sont capables de recevoir à titre gratuit, mais chacun dans les limites de ses attributions, les uns pour les secours à domicile, les autres pour les établissements où l'on traite les malades et où l'on reçoit les orphelins et les vieillards (1).

111. Le service de la religion, dans notre ordre constitutionnel, ne devrait plus être un service public : en effet, la religion et l'Eglise sont séparées de l'Etat; M. Nothomb, l'un des grands partisans de cette séparation, a dit au Congrès qu'il n'y avait plus rien de commun entre l'Etat et la religion, pas plus qu'entre l'Etat et la géométrie. Cela est très vrai pour la géométrie, mais la religion catholique et l'Eglise ont trouvé moyen de se faire dans l'Etat une situation inouïe; elles jouissent d'une entière indépendance dont elles usent et abusent pour ruiner l'Etat, et c'est pour ce service que l'Etat paye un salaire aux ministres du culte et permet de faire des libéralités aux établissements ecclésiastiques. Cela est d'une telle absurdité dans le système de la séparation préconisée par M. Nothomb, que l'on se demande comment les partisans de l'Etat et de son indépendance ont pu prêter la main à une pareille duperie : j'appelle les choses par leur nom. Toujours est-il que l'on peut, grâce à cette anomalie, faire des libéralités aux fabriques d'église, aux séminaires, aux curés et aux évêchés, établissements de la religion catholique, tandis que l'on ne peut pas en faire au profit de la géométrie. J'ai traité cette matière, remplie de difficultés, dans mes *Principes de droit civil*, auxquels je renvoie (2).

Je dois encore signaler une anomalie qui peut intéresser quelques-uns de mes lecteurs. Le culte anglican et le culte israélite sont restés jusqu'à nos jours dans la situation que M. Nothomb fait à la géométrie ; pour parler

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XI, p. 291, nos 209 et 210.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XI, p. 324, nos 230 et suiv.

le langage juridique, ils n'étaient pas personnifiés; donc on ne pouvait leur faire aucune libéralité. Lors de la discussion de la loi de 1868, la lacune fut constatée, et le ministre de la justice promit de la combler. Une loi récente a fait disparaître l'anomalie, en accordant la personnification au culte anglican et au culte israélite. Il y avait un autre moyen de rétablir l'égalité, que je préférerais, ce serait de consacrer le principe de la séparation, dans toute sa vérité.

112. Les corporations charitables n'ont pas et ne peuvent avoir l'ambition des *pia corpora* de l'ancien régime; sauf les concessions imprudentes que le législateur a faites à l'Eglise, les corporations conservées par la loi sont laïques, et néanmoins les auteurs du code Napoléon les voient avec défaveur; tout en leur reconnaissant une existence légale et par suite la capacité d'acquérir, le législateur limite leurs droits, et ne leur permet de recevoir à titre gratuit que pour la destination publique à laquelle il les a affectées; et pour s'assurer que les biens donnés ou légués auront réellement cette destination, il réserve au gouvernement le droit d'intervenir dans chaque libéralité, et d'accorder en conséquence ou de refuser son autorisation. Dès qu'un don est fait à un établissement d'utilité publique, pour une autre destination que pour le service en vue duquel il a été créé, la libéralité ne peut être acceptée par cet établissement, parce que, en dehors de ce service, il n'existe pas aux yeux de la loi. Ce principe établit une différence capitale entre les personnes réelles et les personnes juridiques. Les hommes ont un champ d'activité aussi infini que le développement de leurs facultés; leur loi est de se perfectionner sans cesse, sans qu'ils arrivent jamais à la perfection; et par suite les facultés qui leur sont accordées en vue de ce perfectionnement infini ne sauraient avoir de limites. Tout autre est la situation des personnes juridiques; elles n'ont été créées que pour un objet déterminé d'utilité ou de nécessité publique; hors de cette sphère légale, elles n'existent plus, et par conséquent elles ne peuvent recevoir de libéralité.

113. Le principe est incontestable et il est élémen-

taire, puisqu'il découle de la notion même de l'incorporation. Cependant on le méconnaît, les passions politiques sont pour beaucoup dans ces erreurs, mais l'ignorance y joue aussi un grand rôle, et puisqu'il s'agit de déterminer les droits des personnes juridiques, il faut que je m'arrête même aux principes les plus simples. En Belgique, l'on a soutenu, à propos d'un legs fait à l'Université libre, que les communes ont tous les droits que la Constitution garantit aux citoyens, notamment la liberté d'enseigner. Je demanderai à ces partisans de la liberté communale si les communes jouissent aussi du droit de manifester leur pensée, et d'adorer Dieu à leur façon? Lord Coke leur répondra que les personnes juridiques n'ont point d'âme, et Savigny leur dira qu'elles ne peuvent pas se marier. Si l'un de mes lecteurs désirait une discussion plus sérieuse de cette question, je le renvoie à mes *Principes de droit civil* (t. XI, n° 204).

114. Voici une autre application du même principe, qui ne sera contestée par personne, parce que les intérêts politiques ne sont pas en jeu. Il y a deux établissements légaux chargés du service de la charité publique, les bureaux de bienfaisance et les hospices; le service est le même, mais les attributions diffèrent; cela suffit pour qu'on ne puisse pas faire aux hospices une libéralité destinée à être employée en secours à domicile; et l'on ne peut pas donner aux bureaux de bienfaisance avec charge de fonder un orphelinat ou un hôpital. Cela paraît subtil, cependant rien de plus juridique ni de plus rationnel (1). Chaque corporation est organisée en vue du service dont elle est chargée; les bureaux de bienfaisance ont leurs maîtres des pauvres qui les renseignent sur la situation des familles indigentes; les hospices ont leurs inspecteurs qui leur font connaître les besoins des populations; chacun de ces corps, chargé d'un service spécial, a une aptitude spéciale, et fait bien ce qu'il a à faire; on a proposé de les réunir, afin de centraliser la charité : cela paraît logique, je n'oserais assurer si la bienfaisance serait mieux

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XI, p. 298, n° 213.

administrée. Toujours est-il que tant que la différence légale entre les deux établissements subsiste, l'un ne peut recevoir pour la destination de l'autre. Tant il est vrai que les personnes juridiques n'ont qu'une existence fictive.

115. Napoléon a rétabli les congrégations hospitalières qui avaient été supprimées par les lois de la Révolution. Leur nom seul indique la mission dont elles sont chargées; et le décret du 18 février 1809 les définit en termes précis : « Congrégations de femmes dont l'institution a pour but de desservir les hospices, d'y servir les infirmes, les malades, les enfants abandonnés, ou de porter aux pauvres des soins, des secours, des remèdes à domicile. » Ces corporations sont une dépendance des hospices, en vertu du décret qui les a créées; donc leur destination est étrangère à l'enseignement. L'empereur n'entendait pas livrer les générations naissantes à des corporations religieuses, comme on l'a fait de nos jours; je citerai ses paroles, elles méritent d'être prises en considération : « L'*éducation publique* appartient à l'*Etat*; il ne faut pas qu'à son insu une multiplicité d'institutions qui ne seraient pas suffisamment *connues*, et dont l'*enseignement* ne serait pas *avoué*, viennent joindre au *danger* d'occasionner de *mauvaises études* le *danger plus grand encore* de former de *mauvais citoyens*. » C'est ce qui est cependant arrivé en Belgique et en France : des études plus que mauvaises, nulles, plus que nulles, ayant pour objet de crétiniser les jeunes générations, — le mot est d'un ministre catholique, — et des citoyens plus que mauvais, factieux, ennemis de l'Etat, ennemis de nos libertés. Certes Napoléon n'entendait pas que les corporations qu'il rétablissait eussent une pareille tendance, et que les libéralités servissent à vicier la nation dans ses sources; mais il avait de la charité religieuse une idée trop haute. Tout ce que fait l'Eglise, même le bien qu'elle semble faire, est un instrument de sa domination; les sœurs de charité n'ont point la vraie charité, et les congrégations hospitalières trop souvent sont devenues une spéculation, dans l'intérêt de l'Eglise, et un moyen sans pareil de maintenir les femmes dans l'ignorance. Et si on laisse à l'Eglise les

femmes et les enfants, on lui abandonne l'avenir de la société. Voilà un nouvel exemple de ce que devient l'incorporation; au lieu de perpétuer le bien, elle perpétue le mal. Toujours est-il que, légalement, les congrégations hospitalières ne peuvent recevoir de libéralité que pour le service dont le décret de 1809 les charge, c'est-à-dire, le service des pauvres et des malades (1).

116. Les fabriques d'église, malgré le nom qu'elles portent, sont des corps laïques; mais il suffit que les curés y siégent et y dominent, pour les infecter de l'esprit clérical, et en faire un instrument au service de l'ambition immortelle de l'Eglise. Il est certain que Napoléon n'a pas réorganisé les fabriques pour enseigner, ni pour remplir le service de la charité; cependant si l'on écoutait les défenseurs des établissements ecclésiastiques, les fabriques absorberaient tout et auraient une capacité universelle. Nouvelle preuve du danger qui est attaché aux corporations, et surtout à celles qui ont un lien quelconque avec l'Eglise. C'est le cas de dire, comme à Rome : *Caveant consules!* Au point de vue du droit, il n'y a pas l'ombre d'un doute; la capacité des fabriques est la plus limitée de toutes, puisqu'elles ne sont établies que pour le service du culte d'une église déterminée; en dehors de ce service, elles ne peuvent recevoir à titre gratuit, pour mieux dire, elles n'existent plus (2).

117. Tels sont les principes qui régissent les corporations charitables, en prenant la charité dans sa plus large acception. Il ne faut pas croire que ces principes soient particuliers à la Belgique ou à la France; ils découlent de l'essence de l'incorporation, et sont, par conséquent, universels de leur nature. Nulle part, les personnes juridiques ne jouissent d'une plus grande faveur qu'aux Etats-Unis; on ne leur refuse guère l'incorporation, dès qu'elle est réclamée au nom d'un intérêt public. Par contre, on applique strictement le principe qu'elles n'ont d'autres droits que ceux qui sont inhérents à leur

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XI, p. 307, nos 218 et suiv.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XI, p. 324, nos 230 et suiv.

existence; et pour prévenir tout doute sur l'étendue et la portée de ces droits, on a soin de les spécifier dans les chartes d'incorporation. Et comme les corporations sont des institutions purement politiques, c'est-à-dire créées en vue d'un bien public, il s'ensuit qu'elles n'ont d'autre capacité, ni d'autres pouvoirs que ceux qui leur sont accordés uniquement pour qu'elles puissent remplir le service à raison duquel elles ont une existence légale. C'est le principe formulé par Kent, le célèbre jurisconsulte américain. Il ajoute que ce principe doit être appliqué avec la plus stricte rigueur, précisément à raison du nombre prodigieux de corporations qui se forment journellement. Si on les incorpore, c'est pour une raison d'utilité publique; les droits qu'on leur accorde sont en rapport avec cette destination; en dehors du but pour lequel la loi les crée, elles n'ont plus de droit; c'est donc aux personnes juridiques qui prétendent exercer un droit de prouver qu'il leur appartient, soit en vertu de leur charte, soit en vertu de leur destination légale; elles ne peuvent agir que dans le cercle de leurs attributions, et elles doivent agir de la manière déterminée par leur charte ou par la loi. La jurisprudence de la cour suprême des Etats-Unis est d'accord sur ce point avec la jurisprudence des divers Etats, et les cours d'Angleterre sont d'accord avec les cours d'Amérique; il ne saurait y avoir de divergence sur un principe qui découle de l'essence des choses (1).

Je citerai un exemple de la jurisprudence américaine. Un statut de New-York dispose que des terres peuvent être léguées à toute personne capable de posséder des propriétés immobilières, mais qu'il ne peut être fait de legs à une corporation, si ce n'est dans le cas où cette corporation est formellement autorisée par sa charte ou par statut à recevoir des libéralités. Par application de ce principe, il a été jugé qu'un legs fait au gouvernement des Etats-Unis est nul (2). Le *Journal du droit international privé*, auquel nous empruntons cette décision, ne

(1) Kent, *Commentaries on American law*, t. II, p. 353 (279), et p. 385-387 (298-300) de la 12[e] édition.
(2) *Journal du droit international privé*, t. I[er], p. 266.

dit pas quel était l'objet du legs ; il ne donne aucun motif. La jurisprudence ainsi réduite à un sommaire n'offre guère d'intérêt : les décisions judiciaires dépendent des circonstances de la cause ; il faut donc les connaître ; elles n'ont d'autorité qu'à raison des motifs sur lesquels elles se fondent ; il faut donc les exposer, car tant valent les motifs, tant valent les arrêts.

118. Jadis les corporations étaient vues avec tant de faveur qu'on leur prodiguait les priviléges. Il y aurait une curieuse histoire à écrire, celle des *causes pies ;* ce serait l'histoire des abus que l'Eglise autorisa, qu'elle provoqua au nom de la religion, en l'exploitant au profit de son ambition et de sa cupidité. Et comme toutes les corporations étaient fondées sur une cause pie, toutes profitaient des priviléges que le législateur leur accordait sous l'inspiration de l'Eglise. On les assimilait aux mineurs (1), avec cette différence, que le mineur finit par devenir majeur, tandis que la minorité des corporations était perpétuelle ; il en résultait qu'il n'y avait qu'un moyen de traiter sûrement avec cette multitude d'êtres fictifs qui remplissaient les Etats, c'était de contracter à leur avantage ; car dès que la convention leur était désavantageuse, ils en demandaient la rescision pour cause de lésion : au nom de la piété on autorisait la mauvaise foi, ce qui était assez logique, puisque toutes les fondations religieuses devaient leur origine à une fraude pieuse. L'Eglise jouissait encore d'une prescription privilégiée de quarante ans ; celle de Rome voulait être privilégiée parmi les privilégiés ; on ne pouvait prescrire contre elle que par cent ans ; il y avait des abbayes qui réclamaient le bénéfice de la prescription centenaire ; enfin, un ordre plus ambitieux que tous les autres, celui de Malte, prétendait qu'il n'était soumis à aucune prescription, sans doute parce qu'il était voué à une guerre perpétuelle contre les infidèles. Ces étranges prétentions avaient été accueillies par les parlements (2). Voilà à quoi sert la perpétuité des corporations ! Il est

(1) Pothier, *Traité des personnes*, tit. VII, art. 2.
(2) Troplong, *De la Prescription*, nos 184 et suiv.

inutile d'ajouter que tous ces priviléges ont disparu. Sous l'ancien régime, les corporations étaient vues avec faveur, malgré le danger de la mainmorte ; les préjugés religieux dominaient tous les esprits. Le législateur moderne les voit plutôt avec défaveur, et au lieu de leur accorder des priviléges, il leur crée des entraves, afin de les maintenir dans le cercle limité de leurs attributions.

N° 2. DROITS DES PERSONNES CIVILES A L'ÉTRANGER.

I. *Existent-elles à l'étranger ?*

119. Après ces longs préliminaires, j'aborde la question de savoir quelle est la situation des personnes juridiques à l'étranger. On va voir que ces préliminaires étaient de toute nécessité, et qu'il faut savoir ce que c'est qu'une corporation, dans quel but elle est créée, qui a le pouvoir d'incorporer, et quel est le caractère des personnes fictives que le législateur seul peut créer, pour déterminer leur situation internationale. C'est parce que les auteurs négligent d'approfondir la nature des personnes juridiques, qu'ils hasardent cette proposition générale, que tous répètent : la situation des personnes juridiques à l'étranger est la même que celle des particuliers. C'est mettre sur la même ligne la fiction et la réalité, sans tenir compte des différences essentielles qui les séparent. Avant de décider en termes absolus que les corporations ont les mêmes droits à l'étranger que les particuliers, il faut voir si elles existent hors des limites du territoire où elles ont été créées. Or, la négative nous paraît évidente ; elle résulte de la nature même de l'incorporation.

Le législateur seul a le pouvoir de créer des personnes juridiques ; or, son pouvoir s'arrête à la limite du territoire de la nation qui lui a délégué la puissance législative ; hors de ces limites, il n'exerce aucune autorité ; donc les corporations, qui n'ont d'existence que par sa volonté, n'existent pas là où cette volonté est sans force et sans effet. C'est une différence capitale entre la personne réelle et la personne fictive. L'homme tient son existence

de Dieu, il existe dès que Dieu l'appelle à la vie, et il existe partout. La corporation tient son existence de la loi, et la loi ne peut la reconnaître que dans les limites du territoire sur lequel elle a empire; le législateur ne pourrait, quand même il le voudrait, lui donner une existence universelle, car cette existence est une fiction, et la fiction implique la reconnaissance du législateur. Pour qu'il y eût une fiction universelle, il faudrait un législateur universel, et à défaut d'un législateur qui étende son pouvoir sur toutes les nations, il faudrait que la fiction que l'un d'eux crée fût adoptée par les autres; une fiction créée par la loi dans un pays est inexistante dans un autre aussi longtemps qu'elle n'y a pas été reconnue. Une fiction universelle créée par la volonté d'un législateur local est une impossibilité juridique; donc ce que disent les auteurs, que les personnes juridiques existent partout et exercent leurs droits partout, est une hérésie.

On aboutit à la même conclusion quand on considère les motifs pour lesquels le législateur reconnaît l'existence d'une corporation. C'est une création artificielle qui a, pour raison d'être, le bien public; sans un motif d'intérêt général, on ne conçoit pas d'incorporation. Qui est juge de cet intérêt? Chaque législateur. Il y a sans doute des intérêts qui concernent tout le genre humain; dès qu'il y a un commencement de civilisation, la religion, l'enseignement, la charité, préoccupent le législateur, dans tous les pays. Mais chacun apprécie ces grands intérêts d'après la condition intellectuelle, morale, physique des populations, et cette appréciation peut être tout à fait différente dans les divers pays. Ici la religion est unie étroitement à l'Etat, de sorte que tous les établissements qu'elle crée deviennent des établissements publics; là la religion est séparée de l'Etat, de sorte que l'Eglise n'est plus qu'une association de croyants, et trouve sa force dans la force des croyances individuelles. Ici la charité est la grande affaire de la religion et de l'Eglise, elle couvre le sol de ses œuvres pies; à la porte de chaque couvent, le pauvre reçoit le pain du corps qui le nourrit. Là la charité publique est exercée par l'Etat, et dans les limites les plus

étroites, afin de stimuler l'activité individuelle, au lieu de l'amortir. Ici l'enseignement est le premier souci de l'Etat et son premier devoir ; il ne reconnaît le droit d'enseigner qu'à ceux qui donnent des preuves de capacité et des gages de moralité : là l'enseignement est abandonné au premier venu, fût-il un forçat libéré, ou à des congrégations religieuses, qui au lieu d'élever l'enfant à la liberté, en font un esclave dans les mains de l'Eglise. Comment veut-on que, dans cet état de choses, les corporations créées par un législateur, au point de vue des sentiments et des préjugés qui règnent chez la nation dont il est l'organe, soient reçues chez toutes les autres nations, où les sentiments et les idées sont tout contraires?

Des couvents établis dans un pays catholique, où l'on révère les moines comme des anges, seraient donc admis, à titre de personnes juridiques, à infecter les pays où on les considère comme une lèpre morale! Des établissements charitables seront créés par une Eglise et par un Etat, où l'on estime que l'Eglise ne saurait être trop riche, parce qu'elle ne l'est jamais assez pour soulager toutes les misères : ces œuvres pies jouiront-elles de la personnification là où l'on est convaincu que la charité catholique dégrade et avilit les populations, et que son but est en définitive de faire de la bienfaisance un instrument de domination? Que les pays catholiques gardent leurs couvents, au risque de perpétuer l'ignorance, le fanatisme et la misère, soit. Mais il est libre aussi aux nations qui ne partagent pas cette foi aveugle, d'établir sur leurs frontières un cordon sanitaire pour se mettre à l'abri d'une contagion pire que la peste (1).

120. Telles sont les considérations de droit, de morale, de politique qui doivent limiter à chaque pays l'existence des corporations que le législateur trouve utile ou nécessaire de créer. On fait une objection empruntée au droit commun et à des principes qui me sont chers, puisque l'objet de ces Etudes est de les défendre. Toute per-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 399 et suiv., et t. XXX, p. 232. Comparez le réquisitoire du procureur général Leclercq dans l'affaire des Sociétés anonymes (*Pasicrisie*, 1847, 1, 401).

sonne a ses droits qui lui sont nécessaires pour remplir sa destination; ces droits lui sont inhérents; elle les porte avec elle partout où elle se trouve, partout où elle a des intérêts à soutenir. L'ensemble de ces droits constitue le statut personnel, ainsi appelé parce qu'il est inséparable de la personne. Il n'y a pas de frontières pour le statut personnel, il est le même partout : dans tous les pays, parce que la personne est la même, et le statut personnel est l'expression de la personnalité. Cela est vrai de toute personne, des personnes juridiques comme des hommes. Qu'importe que leurs droits soient moins étendus? Elles n'en ont pas moins des droits, donc un statut qui les régit, et partant ce statut les suit partout : c'est dire qu'elles existent partout. Vainement dit-on que ces droits sont une création de la loi, et que la force de la loi expire aux limites du territoire. N'en est-il pas de même des droits des personnes physiques? N'est-ce pas la loi de chaque pays qui fixe l'âge auquel les hommes sont majeurs, et cependant cette loi les suit partout, sans tenir compte des frontières qui séparent les Etats. Pourquoi n'en serait-il pas de même des personnes juridiques?

Telle est l'opinion de Merlin, et il y a un arrêt de la cour de cassation de Belgique en ce sens (1). Je m'étonne que Merlin, qui a un si profond respect pour les textes, ne se soit pas aperçu que toute son argumentation repose sur une supposition à laquelle le texte donne un démenti. C'est le mot de personne civile qui l'a égaré, et qui a égaré notre cour suprême à sa suite. S'il était vrai que les corporations sont de véritables personnes, assimilées par la loi aux personnes réelles, Merlin et la cour de cassation de Belgique auraient raison d'appliquer aux unes et aux autres le principe du statut personnel, consacré par l'article 3 du code Napoléon. Nous avons répondu d'avance que le code évite de donner le nom de personnes aux corporations; il n'y a pas un article du code civil que l'on

(1) Voyez en ce sens Merlin, *Répertoire*, au mot *Mainmorte*, § VII, n° 2; et un arrêt de la cour de cassation de Belgique du 23 juillet 1847, rendu sur les conclusions contraires du procureur général Leclercq (*Pasicrisie*, 1847, 1, 392).

puisse invoquer pour leur donner cette qualification. Dès lors, l'article 3 devient inapplicable, car la loi parle des *personnes,* et ce mot, dans le langage du code, ne comprend que les personnes réelles et non les êtres fictifs auxquels les auteurs donnent le nom de personnes juridiques. Si Merlin avait examiné le texte de la loi de près, comme il le fait d'ordinaire, il n'y aurait pas trouvé un mot qui n'exclue les corporations. Il suppose, ainsi que notre cour de cassation, qu'il y est question, en termes généraux, des droits qui appartiennent aux personnes; et il en conclut qu'ils s'appliquent aux personnes juridiques, auxquelles on ne saurait contester la jouissance de certains droits. La supposition est inexacte : l'article 3 n'a rapport qu'à une certaine catégorie de lois, celles qui concernent l'*état et la capacité des personnes* et qui forment ce qu'on appelle le *statut personnel.* Qu'est-ce que cet *état* des personnes? C'est la place qu'elles occupent dans l'ordre civil, situation d'où découle leur capacité ou leur incapacité. Le livre Ier du code civil traite de l'état des personnes; pour déterminer leur capacité, en ce qui regarde la jouissance des droits civils, il distingue les personnes en Français et en étrangers : les premiers jouissent des droits civils (art. 8), les autres n'en jouissent qu'à titre de réciprocité. Voilà, dans la théorie du code Napoléon, une des bases essentielles de l'état des personnes. Faut-il demander si elle est applicable aux personnes juridiques? Merlin doit admettre qu'il y a des corporations françaises et des corporations étrangères, anglaises, allemandes, italiennes. Eh bien, cette assimilation des personnes fictives et des personnes naturelles, au point de vue de la nationalité, conduit à des conséquences tellement absurdes, qu'elles deviennent ridicules. Qui est Français? « Tout enfant né d'un Français » (art. 10). Pour qu'une corporation soit française, il faut donc qu'elle naisse d'un Français. Faut-il demander à Merlin quel est le père d'une personne juridique? Sont encore Français ceux qui naissent d'un Français en pays étranger : que l'on essaye d'appliquer ce principe aux personnes juridiques! Puis viennent les enfants d'un étranger *nés* en France, qui

peuvent, dans l'année de leur *majorité*, réclamer la qualité de Français : où sont les personnes civiles *nées* en France d'un étranger et qui, devenues *majeures*, peuvent réclamer la nationalité française ?

Ainsi il faut abandonner, sous peine d'absurdité et de ridicule, l'assimilation des personnes juridiques et des personnes réelles, en ce qui concerce la nationalité : cette base de l'état nous fait donc défaut, quand il s'agit de déterminer le statut personnel des corporations. Il y a une seconde distinction qui joue un grand rôle dans la théorie des statuts, c'est la minorité et la majorité. « Le mineur, dit le code Napoléon (art. 388), est l'individu de l'un et de l'autre *sexe* qui n'a point encore atteint l'âge de vingt et un ans accomplis ». Est-ce que les personnes juridiques sont aussi mineures jusqu'à l'âge de vingt et un ans ? Et pour déterminer leur âge, doit-on dresser leur acte de naissance et les présenter à l'officier de l'état civil, comme le veut l'article 55 du code Napoléon ? « La majorité, dit l'article 488, est fixée à vingt et un ans accomplis; à cet âge, on est capable de *tous les actes de la vie civile*, sauf la restriction portée au titre du *Mariage*. » Est-ce que les personnes juridiques deviennent aussi majeures ; et jouissent-elles alors de la plénitude des droits civils ? Sont-elles sous puissance paternelle jusqu'à ce qu'elles aient vingt et un ans ? Peuvent-elles être *émancipées* avant cet âge ? Et si elles perdent un de leurs père et mère, les mettra-t-on sous la tutelle du survivant, et à défaut de père et mère, seront-elles sous la tutelle de leurs ascendants ? La restriction, concernant le mariage, s'applique-t-elle aux corporations ? La question est plus que ridicule ; cependant, le mariage est également une des bases principales du statut personnel. Elle fait encore défaut. Puis viennent l'interdiction et le conseil judiciaire : les personnes juridiques doivent-elles être interdites, quand elles sont dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur (art. 489), et faut-il leur donner un conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit ou pour prodigalité (art. 499 et 513) ?

Je viens de parcourir les bases du statut personnel,

aucune n'est applicable aux personnes juridiques : donc elles n'ont pas d'état, leur capacité ou leur incapacité ne sont point déterminées par leur état, et partant l'article 3 du code civil ne leur est pas applicable. Il faut examiner cet article jusqu'au bout, puisque là est le siége de la difficulté. L'article parle « des lois concernant l'*état* et la *capacité* des personnes ». Ces mots ne reçoivent pas d'application aux personnes juridiques; elles n'ont pas d'*état*, il n'y a pas un seul article de tout le premier livre qu'on puisse étendre aux corporations; n'ayant point d'état, elles n'ont point de capacité découlant de cet état. Qu'est-ce que le code dit de ces lois? « Elles régissent les Français, même résidant en pays étranger. » Cela suppose qu'un Français quitte la France pour s'établir ailleurs, en Angleterre, en Belgique, en Allemagne. Ce Français continuera-t-il à être régi par les lois de son statut personnel, c'est-à-dire par le code Napoléon? Voilà le débat que soulève le statut personnel. Le code décide que le Français est soumis à la loi française tant qu'il reste Français; il cesse d'y être soumis quand il perd la qualité de Français, et il la perd, quand il s'établit en pays étranger, sans esprit de retour, qu'il y obtient la naturalisation, ou qu'il y remplit des fonctions civiles ou militaires. Faut-il demander si une personne civile, née Française, est dans le cas de quitter la France, pour s'établir dans un pays avec ou sans esprit de retour? Est-elle dans le cas de demander la naturalisation, en abdiquant sa nationalité d'origine? Prend-elle du service militaire? devient-elle juge, professeur ou diplomate (1)?

121. Il est temps de mettre fin à ces questions qui ressemblent à une mauvaise plaisanterie, et qui, au fond, sont cependant très sérieuses, puisqu'il s'agit de savoir si les personnes juridiques créées dans un Etat ont une existence légale dans les autres Etats, et y peuvent exercer les droits qui leur appartiennent. L'article 3 invoqué par Merlin et par la cour de cassation de Belgique en faveur des personnes juridiques ne leur est

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. I[er], p. 402-404.

évidemment pas applicable, si l'on s'en tient au texte de la loi ; or, tel est bien le système d'interprétation de Merlin, et c'est le bon, à mon avis. On dira que, dans l'espèce, il faut abandonner cette méthode, puisque le débat porte sur une fiction, et la fiction, bien qu'elle imite la réalité, en diffère nécessairement, de sorte que j'aurais pu me dispenser de prouver ce qui est clair comme le jour, à savoir, que les personnes fictives ne sont ni françaises ni anglaises, ni mineures ni majeures, ni femmes ni hommes, ni sous puissance paternelle, ni sous tutelle, ni sous conseil judiciaire. Il faut laisser là la lettre de la loi, et en consulter l'esprit, afin de voir, si les principes qui régissent l'état et la capacité des personnes sont susceptibles d'être étendus par analogie et par fiction à des personnes juridiques : il va sans dire que la fiction a des limites, et qu'elle ne peut pas en tout imiter la réalité. Soit; j'accepte le débat sur ce terrain. La question doit donc être posée comme suit : les lois qui régissent l'existence des personnes juridiques et leurs droits forment-elles un statut personnel, qu'elles peuvent invoquer partout, dans tous les Etats? Ou forment-elles un statut réel qui n'a d'effet que dans les limites du territoire où les lois ont été portées; d'où suit que les personnes juridiques n'ont d'existence et de droits que dans le pays où elles ont été créées. Merlin dit que les lois concernant les droits des personnes juridiques forment un statut personnel; notre cour de cassation, revenant sur sa première opinion, a décidé que le statut est réel, et tel est aussi l'avis de la cour de cassation de France, comme je le dirai plus loin.

Pour répondre à la question, il faut se placer sur le terrain de la théorie traditionnelle des statuts, puisque le code Napoléon l'a maintenue dans l'article 3. Or, dans cette doctrine, on part du principe que les coutumes ou les lois sont réelles, en ce sens qu'elles sont limitées au territoire sur lequel s'exerce la puissance souveraine du législateur, et que dans ces limites, elles exercent leur empire sur les hommes et les choses qui s'y trouvent. La réalité est donc la règle; par exception, on admet des coutumes,

ou lois personnelles qui sont attachées à la personne, et la suivent partout, sans être arrêtées par les frontières, qui séparent les Etats. Quelles sont ces lois personnelles? Quand il s'agit des personnes réelles, des hommes, on dit que le statut personnel comprend les lois qui règlent leur état et la capacité ou l'incapacité qui en résultent. Les personnes juridiques n'ont point d'état proprement dit, elles ont seulement certains droits qui leur sont nécessaires pour remplir la destination à raison de laquelle elles ont été créées. L'état fictif qu'on veut leur reconnaître se restreint donc à la jouissance de ces droits. Pour que cet état soit admissible, il faut que les raisons pour lesquelles on a admis par exception un statut personnel soient applicables, au moins par analogie, aux personnes juridiques. Or, on cherche vainement ces raisons d'analogie, on ne trouve que des différences essentielles, fondamentales.

Pourquoi le statut concernant l'état des hommes est-il personnel ? Parce que les lois qui régissent leur état dépendent avant tout des mille et une influences que l'on comprend sous le nom de climat. Pourquoi la majorité est-elle fixée ici à vingt et un ans, là à vingt-trois ou vingt-quatre, ailleurs à vingt-cinq ans? Le développement plus ou moins précoce de la nature physique influe aussi sur le développement des facultés intellectuelles et morales. On conçoit que, dans les pays du Midi, les femmes se marient à douze ans; dans les pays du Nord, cette capacité serait absurde et funeste. Voilà un ordre d'idées qui est complètement étranger aux personnes juridiques ; elles ne vivent pas de la vie du corps, donc toutes les circonstances extérieures sont sans influence aucune sur les droits que la loi leur attribue ; la fiction n'a plus de prise là où toute analogie fait défaut.

Il en est de même des circonstances morales et politiques, qui jouent aussi un grand rôle dans le statut personnel. Là où règne une vie politique active, les jeunes générations arrivent bien plus tôt à la maturité de l'intelligence que dans les pays où leurs facultés sont engourdies dans une espèce de torpeur somnolente; j'en ai

cité un curieux exemple dans le premier volume de ces Etudes (nº 290). La capacité ou l'incapacité des femmes dépend tout entière de l'état social des divers pays. Enfermez-les dans un sérail, leur vie sera une existence végétative ; instruments destinés aux plaisirs du corps, leur intelligence s'atrophiera, il ne peut être question de leur reconnaître des droits quelconques ; tandis qu'en Angleterre, où elles prennent intérêt à ce qui intéresse les hommes, il est question sérieusement de leur donner le droit de vote.

Voilà encore un ordre d'idées qui est étranger aux personnes juridiques : il faut dire en un mot avec lord Coke, « qu'elles n'ont point d'âme », ou, comme nous disons aujourd'hui qu'elles n'ont point de personnalité; comment donc auraient-elles un statut personnel? Vainement les légistes anglais parlent-ils du nom qu'on leur donne à leur baptême, cette fiction-là dépasse la mesure du possible ; il n'y a pas de puissance humaine qui puisse feindre la vie intellectuelle, morale et physique, là où il n'y a ni vie du corps, ni vie de l'intelligence. Quelles sont les raisons pour lesquelles le législateur se décide à créer une corporation ? La doctrine est unanime à répondre que c'est le bien public. Parcourez toutes les lois qui ont créé des personnes civiles, vous trouverez toujours un motif d'utilité publique pour lequel on leur a reconnu une existence légale, en les chargeant d'un service social, à raison duquel on leur accorde certains droits. J'ai fait ce travail dans les préliminaires de cette Etude, et l'on en voit maintenant la nécessité : il décide la question si controversée qui fait l'objet du débat. S'il n'y avait pas tant de préjugés en cette matière, le texte du code Napoléon suffirait pour la décider. Quel est le nom qu'il donne aux personnes civiles? Il les appelle des établissements publics ou d'utilité publique. Pourquoi notre nouveau code de commerce a-t-il permis aux sociétés commerciales de former une individualité juridique distincte des associés ? Toujours par un motif d'intérêt général. Donc, l'idée qui domine dans l'incorporation, c'est le droit de l'Etat, c'est l'intérêt social dont il est l'organe. Et quel est le caractère des lois qui

ont pour objet les droits et les intérêts sociaux ? On les appelle des statuts réels ; et comme chaque Etat apprécie ses droits et ses intérêts à sa guise, au point de vue de sa situation politique, morale, économique, on restreint l'empire de ces lois au territoire sur lequel s'étend la puissance souveraine. Voilà pourquoi les lois qui établissent des corporations ne sauraient avoir d'effet hors du territoire, parce que l'Etat qui les crée n'a ni mission, ni qualité pour apprécier les besoins sociaux des autres Etats ; son incompétence, à cet égard, est radicale. Il en est tout autrement des statuts personnels ; ici, la loi nationale est seule compétente, et voilà pourquoi elle suit la personne partout. Qui peut mieux juger que le législateur national à quel âge ses nationaux sont capables d'exercer leurs droits ? Donc, ce qu'il décide doit former le statut de la personne partout ailleurs. Est-ce que la Belgique a qualité et mission de décider ce qui est de droit et d'intérêt social pour la France ? Non, certes ; donc, quand elle crée un établissement d'utilité publique, cette personne fictive ne saurait avoir d'existence en dehors des limites de son territoire. La cour de cassation de Belgique a donc eu raison de dire que les lois qui concernent les personnes civiles sont d'ordre public ; en ce sens, elles forment un de ces statuts que l'on nomme réels, pour marquer qu'ils sont limités au territoire dont le souverain les a portés, mais aussi, dans les limites de ce territoire, ils frappent toutes les personnes, les étrangers comme les nationaux, sans que les étrangers puissent se prévaloir de leur statut personnel ; le droit de l'Etat domine le droit de l'individu ; à plus forte raison, domine-t-il le droit des corporations étrangères, qui ne peuvent pas même se prévaloir de leur statut personnel, puisqu'elles n'en ont pas. La cour de cassation l'a jugé ainsi, sous l'empire de la législation française, pour les sociétés anonymes constituées en pays étranger. Elles n'existent pas en Belgique, dit-elle, puisqu'elles ne peuvent y avoir d'existence qu'en vertu de la loi belge ; quoiqu'elles soient reconnues en France, cette reconnaissance ne leur donne aucun droit en Belgique ; admettre qu'elles existent sans l'intervention de la

loi belge, ce serait dire que l'ordre public en Belgique est à la merci des lois étrangères (1). Ce que la cour dit des sociétés anonymes est vrai, à plus forte raison des établissements publics : conçoit-on qu'un établissement créé à l'étranger pour un service public existe en Belgique, sans que la loi belge l'ait reconnu comme établissement d'utilité publique ?

122. La doctrine des statuts est essentiellement traditionnelle ; il est donc bon de consulter la tradition sur la question que je discute. Denizart pose la question en ces termes : « Quand un corps existe dans le ressort d'un parlement qui a approuvé ses statuts, peut-il étendre ses acquisitions dans le ressort d'un autre parlement où il n'a pas été approuvé? » Dans l'espèce, il s'agissait d'une école de charité, fondée au profit d'une corporation enseignante. Les lettres patentes qui lui donnaient une existence légale avaient été enregistrées au parlement de Rouen, où se trouvait le siége de la corporation ; mais la nouvelle école était fondée dans le ressort du parlement de Paris. Il a été jugé que le parlement de Paris ne pouvait reconnaître une congrégation qui ne lui avait pas présenté ses lettres patentes pour être vérifiées, et que par suite la cour ne pouvait considérer comme valable ce qui se faisait dans son ressort par une communauté de cette congrégation. On objectait que la fondation consistait en écoles de charité, qui n'avaient pas besoin de lettres patentes, sans doute à cause de la faveur particulière dont elles jouissaient. Il n'en est pas moins vrai, dit le conseiller rapporteur, que pour satisfaire à la fondation, des membres d'une congrégation que le parlement ne peut reconnaître s'établissent à perpétuité dans le ressort de cette cour. Ces membres enseignent la jeunesse, conformément à des bulles, à des règles et à un institut que la cour n'a jamais enregistrés. Ici intervient le motif d'ordre public qui s'oppose à ce qu'un corps existe sans un acte législatif, et cet acte, dans l'ancien régime, n'avait de force que s'il était enregistré par le parlement sous le ressort

(1) Rejet, 8 février 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 1, 221).

duquel la corporation voulait s'établir. Ecoutons le conseiller rapporteur :

« Il serait d'autant plus dangereux, dit-il, d'autoriser les membres d'une congrégation non connue du parlement à s'introduire dans le ressort, sous quelque prétexte que ce soit, que ce serait leur ouvrir une voie pour se soustraire à l'autorité de la cour. Que le parlement de Paris refusât d'enregistrer les lettres patentes d'une nouvelle congrégation qui aurait assez de crédit pour les faire enregistrer par un autre parlement, les membres de cette congrégation s'introduiraient alors dans le ressort de la cour, non à titre de communauté, mais sous prétexte de tenir des écoles, des colléges, des séminaires, de desservir des hôpitaux. Peu leur importerait de ne pas prendre le titre de communauté, pourvu qu'ils en eussent tous les effets : ils ne pourraient acquérir directement, mais toutes les acquisitions seraient faites au nom du corps de la congrégation établie dans le ressort d'un autre parlement (1). »

123. La question que je viens d'examiner s'est présentée pour les sociétés anonymes établies en France, avec autorisation du gouvernement, conformément au code de commerce. Ayant une existence légale en France, pouvaient-elles, par cela seul, agir en Belgique, y contracter et ester en justice? Si l'on avait consulté la tradition que je viens de rapporter, la négative n'aurait pas été douteuse un instant. Les parlements, dans un seul et même Etat, refusaient de recevoir des congrégations qui avaient pour elles un acte législatif, enregistré dans un parlement du royaume; à plus forte raison, n'auraient-ils pas reçu une corporation établie dans un pays étranger, sans être reconnue en France par lettres patentes. Or, c'est bien le droit traditionnel qui est consacré par l'article 3 du code Napoléon; malheureusement, la tradition, en cette matière, est oubliée. La cour de cassation de Belgique, par un premier arrêt, décida, contrairement aux conclusions du procureur général, M. Leclercq, que les

(1) Le Nouveau Denizart, au mot *Corps*, § IV (t. V, p. 588).

personnes juridiques pouvaient invoquer l'article 3 du code civil : reconnues en France, les sociétés anonymes étaient par cela même reconnues partout. Au point de vue de la tradition, cette doctrine était une hérésie juridique. Par un second arrêt rendu deux ans plus tard, la cour revint sur sa jurisprudence; mais le nouvel arrêt ne mit pas fin au débat. Le tribunal de Gand maintint l'opinion émise par la cour suprême en 1847. Ce jugement fut cassé. Le législateur intervint pour mettre fin à ces difficultés. Une loi du 14 mars 1855 décida que les sociétés anonymes autorisées par le gouvernement français pourraient exercer leurs droits en Belgique, et y ester en justice, toutes les fois que les sociétés de même nature, légalement établies en Belgique, jouiraient des mêmes droits en France. La loi autorise le gouvernement à appliquer le même principe aux sociétés anonymes qui existent dans les autres pays. En France, on porta une loi analogue (30 mai 1857). C'est le principe de la réciprocité; mais il n'est pas requis que la réciprocité soit établie par un traité, une loi suffit. Je reviendrai sur les sociétés; leur condition a été changée par les lois nouvelles, qui n'exigent plus d'autorisation pour qu'elles existent légalement à titre de personnes juridiques.

121. Les lois portées en France et en Belgique ne concernent que les sociétés anonymes. Que faut-il décider des autres personnes juridiques? Ici les doutes reparaissent, et la jurisprudence qui s'était formée sur les sociétés anonymes n'a fait que les augmenter. Il faut d'abord écarter toute argumentation par analogie, parce qu'il n'y a réellement pas d'analogie entre les sociétés commerciales et les corporations civiles; le cercle d'action de celles-ci est limité, par leur nature même, au pays où la loi les crée. La personne juridique la plus caractérisée, l'Etat, étend son action sur tout le territoire, mais elle s'arrête à la frontière; au delà, il y a d'autres Etats, qui veillent aux intérêts généraux de la nation dont ils sont les organes. On conçoit très bien qu'un Etat puisse agir et remplir sa mission, tout en n'ayant de droits, à titre de personne juridique, que dans les limites de son territoire.

Le cercle d'action des autres personnes juridiques va toujours en se rétrécissant; telles sont les provinces et les communes. Où est la nécessité pour une commune d'être reconnue comme personne juridique, hors de l'Etat où elle existe? Les établissements d'utilité publique ont encore une destination plus restreinte; il peut y avoir dix fabriques d'église dans une seule ville. Il n'en est pas de même des sociétés commerciales : le commerce est cosmopolite, il ne connaît pas de frontières, les grandes compagnies surtout, qui se forment pour de vastes entreprises, étendent nécessairement leur action sur tous les pays voisins, et la facilité, la rapidité des communications sont telles, que les pays les plus éloignés sont dans notre voisinage, plus que ne l'étaient jadis nos plus proches voisins. Il y a donc un intérêt international à ce que l'action des sociétés de commerce et d'industrie ne soit point arrêtée par les limites du pays où elles se sont formées.

Si l'on écarte l'analogie, qui réellement n'existe pas entre les sociétés commerciales et les corporations civiles, il en résulte qu'il faut maintenir, pour les corporations en général, le principe qu'elles n'existent qu'en vertu d'un acte législatif, et que cet acte n'a d'effet que dans les limites du pays où il a été porté. Pour donner une existence légale aux sociétés anonymes à l'étranger, il a fallu une loi; à plus forte raison faudrait-il une loi ou un traité pour qu'une corporation civile fût reconnue comme telle en dehors de l'Etat où elle a été créée. En ce sens, on peut invoquer, contre les corporations qui prétendraient qu'une fois reconnues elles existent partout, les principes que la jurisprudence avait établis sur les sociétés anonymes. Ces principes sont généraux, ils découlent de l'essence des corporations, ils sont donc d'une application universelle. J'ai cité la jurisprudence des cours de Belgique et le remarquable réquisitoire du procureur général, M. Leclercq. Je vais citer un arrêt de la cour de cassation de France, qui résume en termes clairs et nets tout ce que j'ai dit sur l'existence des personnes juridiques à l'étranger.

« La société anonyme, dit la cour de cassation, n'est

qu'une fiction de la loi, elle n'existe que par la loi, et elle n'a d'autres droits que ceux que la loi lui confère. » N'en est-il pas de même de toutes les corporations? On les appelle des personnes fictives, parce qu'il faut une fiction, et la plus forte de toutes, pour considérer comme une personne des associations ou des établissements qui, par eux-mêmes, n'existent pas. Et qui a le droit de créer cette prodigieuse fiction? La tradition unanime répond que le législateur seul, organe de la puissance souveraine, peut reconnaître un semblant de vie là où il n'y a pas de vie véritable : lui seul peut donc créer des êtres fictifs. « Or, la loi, continue la cour de cassation, émanation de la souveraineté, n'a d'empire que dans les limites du territoire sur lequel cette souveraineté s'exerce. Donc, la société anonyme étrangère, quoique régulièrement constituée dans le pays où elle s'est formée, ne peut avoir d'existence en France que par l'effet de la loi française et en se soumettant à ses prescriptions. » Cela est vrai, à la lettre, de toute corporation. La loi qui la crée n'a d'autorité que dans le pays où le législateur exerce son empire; donc, la corporation n'existe comme telle que dans le pays où elle a été reconnue par la loi; mais pour avoir une existence légale en France, elle doit être reconnue par la loi française. Peut-il être question d'une fiction légale en France sans l'intervention de la loi française? « On objecte, dit la cour de cassation, que le statut personnel suit l'étranger en France, et, qu'à cet égard, aucune distinction n'est à faire entre les lois qui règlent la capacité des *individus* et celles qui règlent l'état et la capacité des êtres moraux. » La cour répond qu'à la différence des personnes juridiques, les personnes naturelles existent par elles-mêmes et indépendamment de la loi; et l'on ne saurait confondre, quant à l'autorité qu'elles peuvent avoir en dehors du pays pour lequel elles ont été faites, les lois qui *créent* la personne et lui donnent l'*existence*, et celles qui ne font que *réglementer* ses *droits* et déterminer les *conditions* de son *existence* (1). On ne peut pas mieux dire, et

(1) Rejet, 1er août 1860, au rapport d'Ubexi (Dalloz, 1860, 1, 444).

ce que la cour dit s'applique à toutes les corporations : toutes sont *créées* par la *loi*, qui leur donne l'*existence;* aucune d'elles n'existe par la nature, car aucune d'elles n'a une vie physique, aucune d'elles n'a donc des droits par elle-même. Partant on ne peut appliquer à aucune ce que la cour dit des *personnes naturelles,* qu'elle tient ses droits de l'existence qu'elle a reçue de Dieu, et que la loi intervient uniquement pour les *réglementer*. La loi *crée* la personne civile, et la loi seule lui peut donner des droits; donc, créée à l'étranger, elle n'*existe* en France et n'y a des droits que si la loi française consacre son existence et lui reconnaît des droits. La démonstration est mathématique.

125. Si l'on s'en tient à l'arrêt de la cour de cassation de France, on pourrait croire qu'il ne reste aucun doute : conçu en termes généraux, il semble avoir une portée générale et sans exception. Mais ce n'est pas ainsi que l'on doit interpréter les décisions judiciaires; les lois seules ont un caractère général; les arrêts ne sont portés qu'en vue de l'espèce qui se présente devant le juge; or, la cour de cassation était appelée à décider, non pas si toutes les corporations étrangères n'existent en France et n'ont de droits qu'en vertu de la loi française, mais si les sociétés anonymes, reconnues dans un pays étranger, ont par cela seul une existence légale et des droits en France. C'est cette question spéciale que la cour a décidée; la difficulté subsiste donc pour les autres corporations. Les arrêts des cours de Belgique sont conçus dans le même sens, mais le procureur général, dans son réquisitoire, et la cour de cassation, dans ses motifs, ont prévu la difficulté en ce qui concerne les personnes juridiques autres que les sociétés anonymes. Il importe de recueillir ces témoignages, puisqu'il s'agit de constater le droit que l'on suit en Belgique, et ce droit est aussi le droit français, puisque nos lois sont les mêmes.

Le procureur général Leclercq, qui a soutenu avec tant de talent les principes que je défends dans cette Etude, dit qu'ils ne s'appliquent pas en tout point à une espèce de personne civile d'une nature particulière, à sa-

voir à l'Etat et à ses subdivisions, telles que la commune, et à *quelques-uns de ses services publics*, personnes civiles qui font partie de l'existence de l'Etat auquel elles se rapportent; par cela même que l'existence des Etats est reconnue par les peuples avec lesquels ils entretiennent des relations d'amitié ou d'affaires, ces personnes civiles le sont également. Les difficultés auxquelles donne lieu l'existence des personnes civiles et de leurs droits ne se présentent que pour les personnes civiles dont l'*existence ne peut se confondre avec celle de l'Etat* (1). Ainsi dans l'opinion de M. Leclercq, l'Etat forme une personne juridique par cela seul qu'il est reconnu par les peuples étrangers; il en est de même des subdivisions de l'Etat; le procureur général cite les communes; il en doit être de même des provinces, puisque notre droit public met les provinces et les communes sur la même ligne. M. Leclercq assimile à ces personnes civiles, dont l'existence est légalement reconnue par cela seul que l'Etat existe, *quelques-uns* de ses *services publics*, qui se *confondent avec l'Etat*; le savant magistrat ne dit point quels sont ces services, ni quels sont ceux qui ne se confondent pas avec l'Etat.

Par un premier arrêt, rendu contrairement aux conclusions du procureur général, la cour de cassation décida que les sociétés anonymes et toutes les personnes civiles dont l'existence est légalement reconnue dans le pays où elles sont créées, existent par cela même en pays étranger et y peuvent exercer leurs droits, notamment contracter et ester en justice, par application du principe général des statuts personnels qui suivent la personne partout où elle se trouve. A l'appui de cette opinion, la cour dit : « *Il n'a jamais été contesté* que les communes, hospices, établissements de bienfaisance, fabriques d'église, etc., conservent, dans leurs rapports avec les habitants des pays voisins, leur qualité de personnes juridiques. » Dans le système de la cour, il n'y a aucune différence entre ces personnes civiles et les autres : « Si l'on peut considérer ces établissements comme nécessaires

(1) Leclercq, Réquisitoire (*Pasicrisie*, 1847, 1, 400).

dans l'organisation d'un Etat, et comme existant sous des formes diverses dans tous les pays civilisés, ce n'est cependant que par une *fiction de la loi* qu'ils sont assimilés aux personnes réelles pour la jouissance de certains droits civils, aussi bien que les institutions plus accidentelles créées dans un intérêt public plus éloigné. Cette fiction doit donc conserver son autorité en dehors du pays à l'égard des unes comme à l'égard des autres (1). »

La cour de cassation revint sur sa première opinion dans l'arrêt de 1849; elle fut obligée de répondre à l'argument que l'on invoquait en faveur des sociétés anonymes, tel qu'il est formulé dans l'arrêt que je viens de transcrire. La cour reconnaît que les communes des Etats étrangers, et *les établissements publics qui en dépendent*, tels que les fabriques d'église, les hospices, les bureaux de bienfaisance, sont reconnus en Belgique comme des personnes civiles capables d'y posséder et d'y exercer des droits. L'arrêt ajoute qu'il en est ainsi par application du droit des gens international. En effet, les communes faisant partie des Etats, dont elles sont des unités constitutives, sont reconnues comme personnes civiles en Belgique par cela seul que ces Etats y sont eux-mêmes reconnus, par les relations d'amitié et d'affaires que le gouvernement belge entretient avec eux. Mais il n'en est pas de même des *établissements privés*, tels que les sociétés anonymes dont l'*existence ne peut se confondre avec celle des Etats étrangers* dans lesquels elles sont établies (2).

La doctrine de la cour de cassation est donc celle-ci. L'Etat existe dès qu'il est reconnu par les autres peuples, et, par suite, les communes, ainsi que les établissements qui se confondent avec les communes ou avec l'Etat. Quant aux personnes civiles dont l'existence ne se confond pas avec celle de l'Etat, elles restent sous l'empire des principes généraux : créées par une fiction de la loi, elles n'ont pas d'existence hors du pays où elles sont établies, à moins qu'elles ne soient reconnues par une loi ou par

(1) Cassation, 22 juillet 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 1, 405).
(2) Rejet, 8 février 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 1, 240).

un traité. La cour de cassation ne dit point quelles sont les personnes civiles qui doivent être considérées comme indépendantes de l'Etat; elle dit seulement que ce sont des *établissements privés*, tels que les sociétés anonymes.

126. La doctrine de la cour nous paraît peu logique et en tout cas très vague et d'une application presque impossible. Peut-on dire que l'Etat existe comme personne civile, par cela seul qu'il est reconnu dans le monde diplomatique? Dans la subtilité du droit on peut le nier. Quand la Belgique a été reconnue par les puissances étrangères, cette reconnaissance a-t-elle eu pour objet ou pour effet de considérer l'Etat belge comme une personne juridique? C'est confondre deux ordres d'idées tout à fait distincts, l'ordre politique et l'ordre civil. Dans l'ordre politique, la Belgique existait comme Etat indépendant, et, par dérogation aux traités de 1814, qui avaient créé le royaume des Pays-Bas, en vertu des nouveaux traités de 1839 où intervinrent les grandes puissances. A partir de ce moment, la Belgique a pu faire des conventions avec les autres peuples; jusque-là elle n'avait de relations politiques qu'avec les peuples qui l'avaient reconnue après la révolution de 1830. Autre est la question de savoir quelle est la situation de l'Etat belge dans l'ordre des intérêts privés, comme propriétaire, créancier ou débiteur, c'est-à-dire comme personne juridique. Son existence et ses droits comme telle n'ont pas fait l'objet des traités; c'est le législateur belge qui règle, sous ce rapport, la situation de l'Etat en Belgique; donc il faut dire de l'Etat ce que l'on dit de toutes les personnes juridiques, que la loi le crée et détermine les droits dont il jouit. Le principe étant le même, les conséquences doivent être identiques. L'Etat n'existe comme personne civile qu'en vertu de la loi, donc il n'a pas d'existence légale à l'étranger, et partant, il y est sans droit. Dans la rigueur des principes, il n'y pourrait être propriétaire, ni contracter, ni ester en jugement. Et l'on pourrait ajouter des considérations politiques à l'appui de cette doctrine sévère. Où est la nécessité pour la France d'être une personne juridique

en Belgique? Si elle pouvait y être propriétaire, n'en résulterait-il pas un danger pour nos libertés, notre existence même? La propriété donne une influence politique; il n'est pas bon que cette influence dépende d'un Etat étranger, qui peut devenir un ennemi (1).

Toutefois j'avoue que cette doctrine pèche par excès de subtilité; elle sépare et distingue dans l'Etat deux qualités qui sont inséparables, et que, dans la réalité des choses, on ne distingue point; l'Etat comme corps politique, et l'Etat comme personne civile. L'Etat est un, et non pas double. Du moment qu'il est reconnu comme corps politique, et qu'il figure comme tel dans les traités, il existe. On peut le comparer à l'enfant que Dieu a appelé à la vie. La vie physique ne se scinde pas : n'en doit-il pas être de même de cette imitation de la vie que l'on appelle personnification civile? N'y aurait-il pas quelque chose d'étrange à ce que la Belgique figurât comme Etat politique dans les traités, et qu'elle ne pût figurer comme partie dans un contrat? Il faudrait donc, outre les traités qui la reconnaissent comme puissance indépendante, de nouveaux traités qui la reconnaissent à titre de personne juridique. Cela ne se fait point, et cela ne s'est jamais fait. N'en faut-il pas conclure que, d'après le droit des gens, un Etat reconnu a une personnalité complète, politique et civile, qu'il a capacité de signer des contrats privés, aussi bien que des conventions diplomatiques. Le droit public domine ici le droit privé. Il serait absurde que la Belgique pût acquérir une province par un traité, et que l'Etat belge ne pût acquérir à Paris un hôtel pour son ambassadeur (2).

127. Je me range donc à l'opinion générale et j'admets que l'Etat existe comme personne juridique dès qu'il est reconnu comme puissance indépendante par la diplomatie. On peut concilier cette opinion avec les principes du droit civil. Il faut un acte législatif pour qu'il existe une personne juridique : voilà ce que veut le droit strict. Or un traité est aussi un acte législatif, et il a même une autorité

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 406, n°s 310 et 311.
(2) Comparez mes *Principes de droit civil*, t XXX, p. 232, n° 254.

plus grande que la loi ; celle-ci n'a d'empire que sur le territoire sur lequel s'étend la puissance souveraine dont elle est une émanation ; tandis que le traité est obligatoire pour tous les Etats qui y figurent comme parties contractantes. Il est certain que si un traité signé par les grandes puissances reconnaissait la Belgique comme personne juridique, toute difficulté serait levée. Eh bien, le traité qui a reconnu la Belgique comme puissance indépendante contient aussi la reconnaissance implicite de sa personnalité juridique. Par là il est satisfait aux exigences et jusqu'aux scrupules du droit civil.

Naît maintenant la question de savoir jusqu'où s'étend la personnalité juridique de l'Etat. Sur ce point, il y a de nouvelles difficultés. J'admets, avec la cour de cassation de Belgique, que les communes, et j'ajoute les provinces, participent à l'existence de l'Etat, avec lequel elles se confondent en réalité. Il faut prendre les choses telles qu'elles sont : y a-t-il un seul Etat où l'on ne rencontre des communes et des provinces, sous des dénominations diverses, avec une étendue différente? Savigny appelle les communes des personnes civiles nécessaires; on peut en dire autant des provinces, et cela est vrai en ce sens qu'il est impossible que le pouvoir central administre directement les intérêts locaux ; son action s'étend tous les jours, en ce qui concerne les intérêts généraux, il est nécessaire qu'il s'y restreigne, car si les communes font mal ce qui est d'intérêt public, par contre l'Etat ferait mal ce qui est d'intérêt local. Le partage des attributions et par suite de l'organisation centrale, provinciale et communale est donc dans la force des choses. Cèla me paraît décisif, en ce qui concerne la personnification. Reconnaître l'Etat, n'est-ce pas reconnaître implicitement les provinces et les communes sans lesquelles il n'y aurait point d'Etat? La province, c'est l'Etat, en tant qu'il gère les intérêts provinciaux, et la commune, c'est encore l'Etat, en tant qu'il administre les intérêts communaux. Peu importe, dans notre débat, l'indépendance plus ou moins grande dont jouissent les provinces et les communes dans les divers pays ; les droits des hommes peuvent aussi varier d'un

pays à l'autre, cela n'empêche pas qu'ils soient des personnes juridiques partout où ils se trouvent; de même les rapports entre les communes ou les provinces et l'Etat diffèrent, elles ne laissent pas pour cela de faire partie intégrante de l'Etat. La reconnaissance de l'Etat implique donc nécessairement la reconnaissance des provinces et communes : l'Etat ne saurait être une personne juridique, sans que les communes et les provinces le soient, puisque les provinces et les communes se confondent avec l'Etat.

128. Faut-il aller plus loin, et étendre, comme le fait la jurisprudence belge, la personnification de l'Etat aux établissements publics qui se rattachent à la commune et à l'Etat? Ici il m'est impossible de me ranger à l'opinion générale. Je comprendrais que l'on considérât tous les établissements publics comme une dépendance de l'Etat, et partant comme personnes civiles; et c'est bien là l'opinion assez généralement suivie, comme je le dirai plus loin. Mais je ne comprends pas la distinction que notre cour de cassation fait entre les établissements publics qui se confondent avec l'Etat, et les établissements d'intérêt privé qui ne se confondent pas avec l'Etat. Quel est le caractère qui les distingue? est-ce l'intérêt public, d'une part, et, d'autre part, l'intérêt privé? Cela n'est pas exact, il n'y a pas une seule personne juridique dont la création n'ait pour objet le *bien public :* c'est l'expression de Domat (n° 75), et c'est la doctrine unanime des jurisconsultes et la pratique constante des législateurs. Cela est vrai, même des sociétés anonymes, car la cour de cassation a invoqué des considérations d'intérêt public pour déclarer réel le statut qui les régit. A ce titre toutes les personnes juridiques se rattacheraient à l'Etat, et toutes seraient reconnues, par cela seul que l'Etat le serait. Or, notre cour suprême ne dit point cela, et cela est contraire aux principes mêmes qu'elle établit. Il y a donc des établissements qui ne se confondent pas avec l'Etat; quels sont-ils? où est la limite entre ceux qui sont une dépendance nécessaire de l'Etat et ceux qui ont une existence séparée? On ne le sait.

A mon avis, aucun établissement public ne peut être considéré comme ne faisant qu'un avec l'Etat, au point de vue de la personnification. Ces établissements ont ou peuvent avoir un caractère particulier, un but qui est en harmonie avec la politique de l'Etat qui les crée, mais qui peut être en opposition avec le but que poursuivent les autres Etats. Il suit de là que la reconnaissance de l'Etat ne saurait impliquer la reconnaissance des établissements que cet Etat a créés ou créera. Cela serait souverainement impolitique, et juridiquement cela ne se conçoit point. Je prends comme exemple les établissements qui jadis étaient les plus répandus dans la chrétienté, les corporations ecclésiastiques. Dans les pays où l'Etat et l'Eglise sont étroitement unis, et tel est l'idéal catholique (1), les établissements de l'Eglise sont aussi des établissements de l'Etat, et l'on peut dire à la lettre qu'ils se confondent avec l'Etat, puisque dans cette conception l'Etat n'a d'autre mission que d'être le bras armé de l'Eglise, c'est-à-dire de mettre sa puissance, ses lois, ses institutions au service de l'Eglise. Est-ce à dire que les Etats qui reconnaîtraient une nation constituée sur cette base, que le pape proclame divine, reconnaîtraient par cela même, à titre de personnes juridiques, tous les établissements, monastiques ou autres, dont l'unique objet est d'assurer et de perpétuer la domination de l'Eglise? Ce ne serait plus là du droit, ce serait de la folie, et jamais un souverain, quelque catholique qu'il fût, n'a commis une folie pareille. Je citerai Charles-Quint, à qui on ne reprochera pas d'avoir méconnu les intérêts de l'Eglise, mais il était roi, et comme tel, il entendait être maître chez lui. Le placard du 26 avril 1515, article 15, défend d'une façon absolue aux mainmortes étrangères d'acquérir des immeubles dans le Brabant. On ne peut donc pas poser en principe que tout établissement qui se confond avec l'Etat jouit de la personnification de l'Etat. Si l'Etat existe partout, c'est qu'il a une mission qui est la même partout. Il

(1) Le pape Léon XIII, au moment où j'écris ces lignes, vient de le proclamer dans son encyclique sur le mariage et le divorce.

n'en est pas de même des établissements qu'il lui plaît de créer, dans l'ordre d'idées qu'il représente.

129. Ce qui a trompé la cour de cassation, c'est le fait qui, en cette matière, l'a emporté sur le droit. Les hospices belges possèdent en France et dans les Pays-Bas; de même les hospices français et néerlandais possèdent en Belgique. Le fait s'explique par l'union politique qui a existé jadis entre nos provinces et les Etats qui nous avoisinent. Mais le fait n'est pas le droit. Et le droit n'est point douteux. Dès que les établissements publics ne se confondent pas avec l'Etat, ils ont une existence particulière qu'ils tiennent de la loi, et cette existence, ils ne l'ont que dans les limites du territoire où la loi exerce son empire. Hors de ce territoire, à l'étranger, il faut une nouvelle déclaration de la puissance souveraine, une loi ou un traité pour reconnaître l'existence des personnes juridiques dans chaque pays. On a procédé ainsi pour les sociétés anonymes; logiquement, il faut procéder de même pour les établissements publics. Si on ne l'a pas fait, c'est que la nécessité ne s'en est pas fait sentir. Les sociétés commerciales ont une existence plus active que les corporations, elles contractent tous les jours, et ces contrats donnent lieu fréquemment à des procès; peuvent-elles ester en jugement? C'est dans ces termes que la question de leur existence a été soulevée, et elle a fini par être tranchée législativement. La vie des établissements publics est plus restreinte; elle se passe d'ordinaire à administrer les biens qu'ils possèdent, et comme ces biens sont presque tous situés dans le pays où la loi les a créés, il est rare qu'ils soient dans le cas d'agir à l'étranger. De fait on leur permet d'ester en justice, et on leur permet encore d'acquérir à titre gratuit. Les lois ne prévoyant pas la difficulté, les juges deviennent législateurs, et ils font ce que la loi devrait faire, et ce que les tribunaux font toujours mal. Ils n'ont pas mission de régler les intérêts généraux; or, dans le débat qui s'élève sur l'existence, à l'étranger, des établissements créés dans un autre pays, tout est d'intérêt social. Le législateur seul a qualité pour décider quelles corporations il veut reconnaître

et quels droits il entend leur accorder, et sous quelles conditions. Il y a une lacune dans la législation. J'appelle l'attention du législateur sur ce point : il n'y en a pas de plus important. Pour le moment je discute la question, dans le silence de la loi, donc d'après les principes généraux de droit. Cela explique la rigueur des décisions auxquelles j'aboutis. Je n'entends pas dire que le législateur doive consacrer ces décisions; j'admets volontiers que la plupart des établissements publics méritent d'être adoptés à l'étranger, mais il y a des restrictions à cette adoption, et il est d'évidence qu'elles ne peuvent être sanctionnées que par la loi.

II. *Droits des personnes juridiques à l'étranger.*

130. On pose ordinairement la question en termes généraux, et l'on demande quels sont les droits dont les personnes juridiques ont la jouissance en pays étranger. Cette position de la question implique que les corporations, dès qu'elles existent légalement dans le pays où elles sont créées, peuvent exercer leurs droits, en tout ou en partie, dans tous les pays; ce qui revient à assimiler des personnes fictives aux personnes réelles. La question telle qu'on la formule implique une hérésie juridique. Une fiction légale n'existe qu'en vertu de la loi, et la loi ne peut lui donner une existence et lui reconnaître des droits que dans les limites du territoire sur lequel s'étend la souveraineté dont elle est l'expression. Donc avant d'examiner quels sont les droits des personnes juridiques à l'étranger, il faut voir si elles existent hors du territoire où elles ont été créées. La question des droits ne peut s'élever que pour les corporations qui sont reconnues à l'étranger comme êtres capables de droits; elle ne peut pas même être posée pour celles qui ne sont pas reconnues; n'étant pas reconnues, elles n'ont pas d'existence légale aux yeux de la loi, c'est le néant, et demande-t-on quels sont les droits du néant? Voilà certes une hérésie, s'il en fut jamais.

131. Dans l'opinion que je viens de soutenir, l'Etat

seul et ses dépendances nécessaires ont une existence légale, en vertu de la reconnaissance de la nation comme puissance indépendante. Toutes les autres corporations n'existent à l'étranger que si elles y sont reconnues en vertu d'une loi ou d'un traité. Or, dans l'état actuel des choses, il n'y a ni traité, ni loi concernant la reconnaissance des personnes juridiques créées en pays étranger. Partant, ces personnes fictives n'existent point en Belgique, en France ni nulle part. Je me place pour le moment sur le terrain du droit français, qui est le nôtre. Plus loin je dirai quel est le droit, pour mieux dire, la doctrine dans les autres pays.

Les établissements d'utilité publique ont-ils des droits là où ils ne sont pas légalement reconnus? Je pose la question sur le terrain de la législation positive : je ne demande pas ce qui devrait être, je demande ce qui est. Et je réponds que des établissements non reconnus ne sauraient avoir aucun droit. La décision est une conséquence logique, rigoureuse de la nature même des personnes juridiques. Elles n'ont pas une existence réelle, naturelle, comme les hommes. Ceux-ci existent dès que Dieu les appelle à la vie; même avant de naître, l'enfant conçu existe à titre de personne réelle et il a des droits; ces droits, il les exerce partout; depuis l'abolition de l'esclavage, tout homme est une personne capable de droit. Il n'en est pas de même des personnes civiles ; c'est la loi seule qui leur donne l'existence, elles n'existent donc que là où la loi les reconnaît et leur accorde des droits. Tant que la loi ne les reconnaît pas, elles n'existent pas, et, partant, ne peuvent avoir aucun droit. A quel titre un établissement public créé en Angleterre aurait-il des droits en Belgique?

Il faut d'abord écarter toute idée d'un statut personnel : la jurisprudence des cours de Belgique est constante sur ce point, et elle repose sur un fondement inébranlable, le texte et l'esprit de la loi. Les établissements publics n'ont pas de statut personnel parce qu'ils n'ont pas de personnalité, pas de vie réelle, donc, ni développement, ni perfectionnement; ce sont des fictions, et une fiction n'a

point d'état, ni, par conséquent, de capacité attachée à l'état.

On dira que cette fiction est reconnue par la loi étrangère; que le législateur reconnait à ces êtres fictifs certains droits, et que rien n'empêche qu'on leur applique par analogie ce que la loi commune du genre humain admet pour les personnes réelles : c'est-à-dire qu'ils existent partout et exercent dans tous les pays les droits qui leur sont accordés par le législateur qui les a créés. Non, sans doute, rien n'empêche que cela se fasse, mais il faut pour cela l'intervention du législateur. En Belgique, en France, aucune corporation ne peut se former sans un acte législatif qui lui donne l'existence et la jouissance de certains droits. Comment des corporations étrangères y existeraient-elles et exerceraient-elles des droits sans l'aveu du législateur? Invoquera-t-on un consentement tacite des législateurs de tous les pays? Ce serait donner à la coutume, en cette matière, la force de la loi. Et il est facile de prouver que c'est là une hypothèse toute gratuite. Le législateur n'agit jamais tacitement, puisque les constitutions tracent les formes dans lesquelles doit s'exprimer la volonté générale. Et dans la matière des corporations moins que dans toute autre, on ne peut admettre une reconnaissance tacite qui n'aurait d'autre fondement que le silence du législateur. Ce silence s'explique très facilement, c'est que la difficulté n'étant pas née, la loi n'a pas dû la régler. Dès qu'elle s'est présentée pour les sociétés anonymes, le législateur est intervenu pour la décider et il interviendrait encore si le débat s'élevait sur des établissements publics créés à l'étranger.

132. Dira-t-on que l'on a toujours admis un droit des gens dont toute personne jouit à l'étranger, et que les personnes juridiques doivent être admises à la jouissance de ce droit commun de l'humanité? L'objection a été faite, bien que sous une autre forme. On a fait appel à la courtoisie internationale, ce qui veut dire l'intérêt des nations : chacune étant intéressée à ce que les établissements qu'elle crée soient reconnus en pays étranger et admis à y exercer leurs droits, consent à reconnaître les établissements pu-

blics qui se forment à l'étranger; cet intérêt commun constitue un accord tacite, partant, une règle du droit des gens positif (1). J'ai déjà relevé tout ce qu'il y a de confusion, de contradictions et d'inconséquences dans la doctrine de la *courtoisie*, si l'on peut donner le nom de doctrine à l'intérêt. Sans doute les nations sont intéressées à s'entendre sur la reconnaissance des établissements publics comme sur tant d'autres difficultés concernant les relations internationales privées. Dans tout le cours de ces Etudes, j'insiste sur la nécessité de traités, si l'on veut qu'il y ait un droit civil international. Mais la courtoisie ne tiendra jamais lieu de traités : les traités impliquent la reconnaissance de droits et d'obligations entre les peuples, tandis que la courtoisie est la négation du droit, chaque nation étant juge de ce qu'il lui convient de faire à titre de convenance. Laissons donc là la courtoisie, c'est un mot qui devrait être banni de la science, car il rend toute science impossible.

Quant au droit des gens que l'on invoque par analogie en faveur des personnes civiles, c'est une nouvelle confusion. Quand on dit que les étrangers jouissent de certaines facultés admises par le droit des gens, on entend par là le droit naturel, que l'on oppose au droit civil, le premier commun à tous les hommes, le second n'appartenant qu'aux membres de la cité ou de la nation pour laquelle il a été établi. Peut-il être question pour les personnes juridiques de droits naturels? La question est contradictoire dans les termes. Si les hommes ont des droits naturels dont ils jouissent partout, c'est que ces droits leur sont nécessaires pour le développement de leurs facultés physiques, intellectuelles et morales. Veut-on bien me dire si les personnes civiles ont une vie physique, une intelligence et une conscience? Je renvoie ces légistes inconséquents à lord Coke et à Savigny, qui leur apprendront que les corporations n'ont pas d'âme et qu'à elles ne s'adressent pas les paroles de Jésus-Christ : « Soyez parfaits comme votre père dans les cieux. » Il faut donc

(1) Westlake, *Private international law*, p. 208 et suiv., nº 208.

encore laisser là les droits naturels et le *jus gentium*, quand il s'agit de corporations qui n'ont pas de vie naturelle. Chose singulière, si l'on veut appliquer aux personnes juridiques la distinction des droits naturels et des droits civils, on aboutit à une conséquence toute contraire à la théorie qui s'en prévaut : tous les droits qui appartiennent aux corporations sont, à la lettre, des droits civils, en ce sens qu'elles n'ont de droits qu'en vertu de la loi qui les crée. Rien de plus factice qu'une fiction, rien de moins naturel ; à chaque pas on trouve la main du législateur, tout est son œuvre. La conclusion à laquelle on aboutit forcément est donc celle-ci : les personnes juridiques ne sauraient avoir de droits dans un pays, tant qu'elles n'y sont pas reconnues et tant que le législateur ne leur a pas accordé les droits que lui seul peut leur donner (1).

133. Il y a des personnes juridiques qui, dans l'état actuel de la législation, sont reconnues partout, ce sont l'Etat et ses dépendances nécessaires. Quels sont les droits qui leur appartiennent en pays étranger ? Ici encore il faut écarter toute assimilation que l'on voudrait établir entre les personnes civiles et les personnes naturelles. Le terme de *personnes*, dont la doctrine se sert, prête à cette confusion. On est tenté de reconnaître deux catégories de personnes, tandis qu'en réalité il n'y en a pas deux, il n'y en a qu'une : les hommes seuls sont des personnes. Cela écarte toute comparaison entre les étrangers et les corporations étrangères. Dans le système du code Napoléon, l'étranger jouit des droits naturels, tandis qu'on lui refuse la jouissance des droits civils. Je viens de dire que si l'on voulait appliquer aux personnes juridiques cette fausse distinction, on arriverait à cette conséquence que tous leurs droits sont civils, de sorte qu'en Belgique et en France elles ne jouiraient d'aucun droit, sauf à titre de réciprocité établie par un traité. La distinction est fausse ; la vraie théorie est celle du code ita-

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 398, n° 306 ; et t. XXX, p. 231, n° 254.

lien, qui sera aussi celle du nouveau code des Belges. Pourra-t-on dire, dans ce nouveau système, que les personnes juridiques jouiront à l'étranger de tous les droits privés? Cela serait absurde; car dans le pays même où elles sont créées, où elles ont une existence légale et une personnalité reconnue, elles ne jouissent pas de tous les droits privés; comment en jouiraient-elles en pays étranger? Il est d'évidence que les personnes fictives ne sauraient jouir à l'étranger de la plénitude des droits civils, alors que leur capacité juridique est nécessairement restreinte et limitée à la destination pour laquelle elles ont été créées.

Il faut donc poser la question en d'autres termes. Par la loi qui les crée, les personnes juridiques ont et doivent avoir une certaine capacité et jouir de certains droits; jouissent-elles des mêmes droits dans les pays étrangers? Au premier abord on serait tenté de croire qu'il en doit être ainsi, puisque ces droits leur sont accordés pour remplir la mission qui leur est confiée : reconnaître l'existence d'une corporation, n'est-ce pas reconnaître implicitement les droits sans lesquels son existence n'aurait aucun objet? S'il y avait des conventions internationales sur la reconnaissance des personnes juridiques, je pense bien que l'on négocierait sur cette base, toutefois avec une restriction importante : c'est pour un service public, dans un intérêt général que les corporations sont reconnues; ce premier élément de la personnification n'est pas partout le même, il dépend du droit politique, constitutionnel de chaque pays; en Belgique les provinces constituent une personne juridique, il n'en a pas toujours été ainsi : voilà un fait qui serait certainement pris en considération dans les traités qui régleraient les droits des corporations. Puis ces droits peuvent varier d'étendue d'un Etat à l'autre : est-ce que, en Belgique, nous pourrions reconnaître aux corporations étrangères une capacité, une indépendance dont elles ne jouissent pas d'après notre législation? Cette dernière considération est décisive en l'absence d'une loi ou d'un traité, et c'est bien là la situation actuelle. Si l'on admet que l'Etat et ses dépendances

nécessaires sont reconnus à l'étranger, à titre de personnes juridiques, c'est uniquement par voie d'induction, c'est une reconnaissance tacite qui accompagne nécessairement la reconnaissance politique. Du reste, rien n'est déterminé quant à l'étendue des droits dont ces corporations jouissent à l'étranger. Dans le silence de la loi, quel est le principe que l'on doit suivre? Il découle de la nature même de la personnification. Par elles-mêmes les corporations n'existent pas, à l'étranger, bien qu'elles aient une existence légale là où elles ont été créées. Elles n'existent que si elles sont reconnues par la loi du pays où elles veulent exercer un droit : si c'est la loi territoriale qui leur donne l'existence à l'étranger, c'est aussi cette loi qui détermine l'étendue des droits qu'elle leur reconnaît. Ces droits forment, par conséquent, un statut réel. L'intérêt social est engagé dans le débat, cela est décisif. C'est donc la loi du pays où les corporations étrangères agissent, qui définira et limitera leurs droits; ce qui aboutit à la conclusion que les corporations étrangères jouissent des droits qui sont reconnus aux corporations analogues du pays. Encore y a-t-il une restriction à cette assimilation : le droit commun s'établit et se communique par voie d'analogie; mais il n'en est pas de même des priviléges, qui sont toujours de stricte interprétation; de ce que le législateur accorde un privilége à une corporation qu'il établit, qu'il favorise, on ne peut pas conclure qu'il entend accorder le même privilége aux corporations étrangères (1).

Ainsi limitée, la personnification des corporations étrangères est en harmonie avec la condition des étrangers. Les étrangers ne jouissent pas nécessairement des mêmes droits que les nationaux; d'après la législation française, qui est jusqu'ici la nôtre, les étrangers ont seulement la jouissance des droits naturels, ils ne jouissent des droits civils qu'à titre de réciprocité établie par des traités; et, en aucun cas, ils ne jouissent de droits qui

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. II, p. 163. Wächter, *Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 181 et suiv.

n'appartiendraient pas aux nationaux. Et si la loi assimilait entièrement les étrangers aux indigènes quant à la jouissance des droits privés, on n'en pourrait pas induire la conséquence que, par analogie, il faudrait mettre sur la même ligne les corporations créées par la loi étrangère et les corporations créées par la loi territoriale. Cette assimilation serait contraire à l'essence des choses. Si la jouissance des droits privés est accordée aux étrangers comme aux indigènes, c'est que la souveraineté est hors de cause dans le domaine des droits privés; tandis que la puissance souveraine doit intervenir dans la personnification des corporations étrangères, parce que ses droits et ses intérêts y sont engagés. C'est dire que tout, dans la personfication des corporations, est de droit public, et les lois de droit public forment un statut réel, donc les droits qu'une corporation étrangère peut exercer dépendent du droit public de chaque pays.

134. Le principe du statut réel n'est pas admis par la jurisprudence française ni par la doctrine. Je vais d'abord transcrire l'avis du conseil d'Etat du 12 janvier 1854, qui assimile les établissements publics étrangers aux étrangers. Il s'agissait de savoir si un établissement d'utilité publique, reconnu comme personne civile par la loi étrangère, peut recevoir des dons et legs de biens meubles ou immeubles situés en France. Le conseil décide la question affirmativement : « Considérant que, aux termes de la loi du 14 juillet 1819 (art. 1er), *tout étranger* a qualité pour recevoir des biens situés en France; que ladite loi n'a fait aucune exception en ce qui concerne les *personnes civiles*; que les discussions et les rapports qui ont précédé l'adoption de ladite loi dans le sein des deux chambres établissent au contraire que l'intention du législateur a été de consacrer de la manière la plus large et la plus complète l'abolition de l'ancien droit d'aubaine dans toutes les applications dont il était susceptible; que, dès lors, le bénéfice de la loi du 14 juillet 1819 ne saurait être refusé à tout établissement d'utilité publique, constituant régulièrement une personne civile; est d'avis que tout établissement d'utilité publique étranger constituant régu-

lièrement une personne civile, a qualité pour recevoir des dons et legs de biens meubles ou immeubles situés en France (1). »

L'avis du conseil d'Etat s'écarte sur tous les points de la doctrine que j'ai soutenue dans cette Etude. Je suis donc obligé de m'y arrêter. Une chose doit frapper ceux qui connaissent le langage juridique, et notamment la terminologie du code Napoléon. Le conseil d'Etat se sert de l'expression de *personne civile*. Si on lui demandait où il a trouvé ce terme technique : ce n'est ni dans l'ancien droit, ni dans le droit nouveau, il n'y a pas une seule loi qui parle des personnes civiles ; le code civil évite avec un soin extrême de prononcer ce mot, ou d'employer un terme analogue, personne juridique, personne morale, corps ou corporation. Bref, légalement parlant, il n'y a pas de personnes civiles ; il y a des établissements d'utilité publique créés par la loi. Avant d'examiner et de décider la question de savoir si les établissements publics créés par une loi étrangère peuvent recevoir à titre gratuit en France, il fallait établir, par des textes ou par des principes, que ces établissements ont une existence légale en France ; car pour exercer un droit, et surtout pour recevoir à titre gratuit, il faut avant tout exister. Eh bien, le conseil d'Etat ne dit pas un mot de cette question préalable ; son avis porte : « tout établissement d'utilité publique, *formant régulièrement une personne civile* ». Cela veut-il dire que tout établissement d'utilité publique, créé à l'étranger par une loi étrangère, forme une personne civile en France? Une proposition pareille, qui donne à l'empereur de la Chine le droit de créer des personnes civiles en France, aurait bien mérité d'être motivée. Le conseil d'Etat affirme, oubliant qu'en droit on n'affirme pas, on prouve.

Le conseil d'Etat était appelé à donner son avis sur une question spéciale : celle de savoir si un établissement public étranger pouvait recevoir à titre gratuit en France. Cette question soulevait une nouvelle difficulté aussi grave

(1) Dalloz, *Recueil périodique*, 1856, 3, 16.

que la première : les établisscments étrangers ont-ils des droits en France, et spécialement peuvent-ils y recevoir à titre gratuit? Le conseil d'Etat la tranche en faveur des établissements étrangers, en invoquant la loi du 14 juillet 1819, qui admet *tout étranger* à recevoir, par succession, donation ou legs, des biens situés en France. Cette décision implique que régulièrement les *personnes civiles* ont les mêmes droits que les personnes réelles. Voilà encore une proposition d'une gravité extrême, et qui méritait bien d'être justifiée. Disons mieux, dans ces termes généraux, la proposition est une impossibilité, et une hérésie. Jamais personne n'a songé à assimiler complètement un être fictif à un être réel; je renvoie le conseil d'Etat à lord Coke et à Savigny qui lui apprendront que les personnes civiles n'ont point d'âme, qu'elles ne peuvent pas se marier, ni avoir des droits de famille. Ces truismes sont d'une naïveté telle, que l'on est étonné d'entendre de grands jurisconsultes les formuler sérieusement. On voit qu'il y a de l'utilité à formuler l'évidence même. Et chose remarquable! le truisme s'appliquait précisément à l'espèce soumise au conseil d'Etat.

De quoi s'agissait-il? De savoir si la loi de 1819, qui abolit le droit d'aubaine, peut être invoquée par un établissement public étranger. Ainsi posée, la question n'a pas de sens. Qu'est-ce que le droit d'aubaine? L'étranger ne pouvait pas transmettre ses biens à ses héritiers, il vivait libre et il mourait serf. Tel est le droit d'aubaine dans son essence. Peut-on dire après cela que les personnes civiles étaient soumises au droit d'aubaine? Ces êtres fictifs ont-ils une famille, ont-ils des enfants, des ascendants et des parents collatéraux? Les personnes civiles meurent-elles? font-elles leur testament? Peuvent-elles hériter? Toutes ces questions sont ridicules, à force d'être absurdes. Donc le droit d'aubaine et l'abolition de ce droit ne regardent pas les personnes civiles. Cela suffit déjà pour écarter la loi de 1819. Il est vrai que cette loi permet à *tout étranger* de recevoir à titre gratuit des biens situés en France. Cette loi est générale, dit le conseil d'Etat, et ne fait aucune exception pour les personnes civiles. Ainsi

une loi qui accorde la jouissance d'un droit aux étrangers, est par cela même applicable aux établissements publics étrangers. Cela suppose d'abord que les personnes civiles ont une nationalité; qu'elles sont françaises ou allemandes ou italiennes : nouvelle absurdité, que j'ai déjà relevée dans cette Etude (n° 120). Cela suppose ensuite que le législateur, en donnant aux étrangers le droit de recevoir à titre gratuit, a entendu donner le même droit aux personnes civiles créées par les lois étrangères. Suffit-il pour cela, comme dit le conseil d'État, que le texte ne distingue pas entre les étrangers et les personnes civiles étrangères? Eh! qu'importe? Les lois sont faites pour les personnes, pour des êtres en chair et en os; est-il nécessaire de le dire? Si le législateur avait voulu assimiler les personnes fictives aux personnes réelles, il aurait certes dû le dire, puisque autre chose est la fiction, autre chose est la vie réelle. Mais quand le législateur établit un droit pour une personne vivante, il n'a pas besoin d'ajouter que ce droit ne concerne pas les personnes fictives; cela va sans dire, puisque cela résulte de l'essence même des personnes civiles : elles n'ont de droits qu'en vertu de la loi, il faut donc que la loi les leur donne.

Ce que le conseil d'Etat ajoute à l'appui de son interprétation n'est pas sérieux. Il invoque les discussions qui ont eu lieu, dans les deux chambres, sur la loi de 1819. Est-ce que, par hasard, la difficulté sur laquelle le conseil d'Etat était appelé à donner son avis a été prévue lors des débats? Non, certes, il n'en a pas été dit un mot; le nom de personne civile n'a pas été prononcé dans les travaux préparatoires, et l'on veut que le législateur ait décidé une question à laquelle il ne songeait pas, à laquelle il ne pouvait pas songer, puisque le droit d'aubaine qu'il abolissait n'a rien de commun avec les personnes civiles? Il est déjà très chanceux d'interpréter la loi d'après ce qui se dit dans les travaux préparatoires; mais chercher la volonté du législateur dans son silence, cela n'a décidément pas de sens : car chacun peut interpréter le silence comme il veut, puisque celui qui garde le silence ne dit ni oui ni non; l'interprète pourra donc faire dire à la loi oui

ou non, à son choix. Si les motifs d'une décision administrative ou judiciaire en font toute la valeur, il faut dire que l'avis du conseil d'Etat n'a guère d'autorité.

135. La doctrine ne va pas aussi loin que le conseil d'Etat. Pour mieux dire, elle est incertaine. Fœlix dit que les établissements publics, ou personnes morales (1), jouissent en pays étranger des mêmes droits qui leur appartiennent dans le pays où ils ont leur siége ou domicile (2). Ces deux lignes sont tout ce que Fœlix dit sur une matière aussi difficile qu'importante. Chose singulière : le jurisconsulte français n'admet pas le statut personnel comme droit, il ne l'admet qu'à titre de courtoisie internationale, et comme exception à la réalité de la loi (3). Et il admet le statut personnel comme règle pour les personnes juridiques! La contradiction me paraît flagrante. Le code Napoléon consacre la théorie traditionnelle des statuts, en disposant que les lois concernant l'état et la *capacité* des *personnes* régissent les *Français* même *résidant* en pays étranger (art. 3). Est-ce ce principe que Fœlix applique aux établissements publics, ou à ce qu'il appelle des *personnes morales?* On ne le sait même pas, car il ne fait qu'énoncer une affirmation, sans alléguer aucun motif à l'appui de ce qu'il dit. En tout cas, cette affirmation serait en opposition avec le texte et avec l'esprit du code civil, comme je crois l'avoir démontré, et sur ce point j'ai pour moi l'autorité de la cour de cassation de Belgique. Fœlix fonde-t-il sa proposition sur la courtoisie internationale, dont il est grand partisan? Je viens de répondre à cette doctrine des Anglo-Américains : leur *comity* est la négation du droit, et sur un pareil fondement on ne peut certes pas élever une théorie juridique. Serait-ce dans la nature même des *personnes* dites *morales* que Fœlix cherche la justification de son principe? Il aurait dû commencer par prouver qu'il existe des personnes morales ou juridiques.

(1) *Moralische Personen*, d'après la dénomination allemande. Savigny a raison de rejeter cette expression, qui ne présente aucun sens (Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. II, p. 235.
(2) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 65, n° 31 de la 4e édition.
(3) Voyez le t. Ier de ces Etudes, p. 595, n°s 404 et 405, ss.

Or les établissements publics auxquels il donne cette qualification n'ont d'existence légale qu'en vertu de l'acte législatif qui les a créés; et Fœlix, réaliste décidé, n'enseigne-t-il pas que les lois n'ont aucune autorité hors du territoire sur lequel s'étend la puissance du législateur? Les personnes civiles n'existent donc à l'étranger que si la loi territoriale les reconnaît, et avec les droits qu'elle leur donne. Et dans le silence de la loi, peut-on admettre qu'elle reconnaisse, à titre d'établissements d'utilité publique, des corporations créées par une loi étrangère, dans l'intérêt d'un Etat étranger, et dans l'ordre d'idées qui constitue le droit public de cet Etat? A toutes les questions que je pose, je suis obligé de répondre que la doctrine de Fœlix n'a aucun appui ni dans les textes ni dans les principes. Ce serait donc une affirmation purement théorique, de droit naturel. Mais le jurisconsulte français repousse de toutes ses forces la philosophie du droit, il ne veut pas en entendre parler. Que reste-t-il donc? Une affirmation toute gratuite.

136. C'est cependant cette affirmation, sans valeur aucune, puisqu'elle ne repose sur rien, qui est généralement adoptée par les auteurs français. Voici ce que je lis dans l'excellent *Journal du droit international privé*, de M. Clunet : « La *liberté* chez les *nations civilisées* doit appartenir aux *personnes morales* aussi bien qu'aux *personnes physiques*. C'est l'application du principe consacré par le droit des gens : *Locus regit actum* (1). » Lord Coke et Savigny auraient été très étonnés s'ils avaient entendu invoquer la *liberté* au profit des corporations dont le vieux légiste anglais dit si naïvement qu'elles ne peuvent pas être excommuniées parce qu'elles n'ont point d'âme; et elles n'ont pas d'âme, parce qu'elles ne sont pas des personnes, mais des fictions. Et dit-on des fictions qu'elles jouissent de la liberté? Voilà deux mots et deux ordres d'idées qui doivent aussi être étonnés de se trouver réunis! Dieu a donné la liberté à ses créatures, douées de

(1) *Journal du droit international privé*, t. II, p. 6 (article de M. Vavasseur, avocat).

raison, parce que leur mission est de devenir parfaites, elles doivent donc jouir de tous les droits dont l'ensemble s'appelle *liberté*, c'est l'instrument de leur perfectionnement. Faut-il demander si les fabriques d'église sont aussi destinées à devenir parfaites comme leur Père dans les cieux? Laissons donc de côté un mot vide de sens quand il s'agit d'abstractions, et les personnes morales ne sont pas autre chose. Le législateur qui les crée leur accorde certains droits dont la jouissance leur est nécessaire pour qu'elles puissent remplir le service public qui leur est confié. Faut-il qu'elles aient cette jouissance partout, chez toutes les nations civilisées, comme le dit l'auteur que je me permets de critiquer? Il y en a dont la vie fictive est universelle, et qui ont par conséquent besoin partout des droits qui leur sont accordés : telles sont les sociétés commerciales. On a compris cette nécessité de nos jours ; de là les lois et les traités qui leur ont permis de contracter à l'étranger et d'y ester en justice. Mais il a fallu pour cela des lois et des traités. Avant que le législateur eût reconnu les sociétés anonymes, la jurisprudence de nos cours leur refusait la faculté d'ester en justice, par la raison péremptoire qu'elles n'avaient point d'existence légale en Belgique, alors même qu'elles étaient reconnues en France. Est-ce à dire que la Belgique doive être mise au ban des nations civilisées pour n'avoir point admis la *liberté* des sociétés commerciales? La jurisprudence de nos cours était fondée sur un principe d'une vérité éternelle, c'est qu'une corporation ne peut exister et avoir des droits qu'en vertu de la volonté du législateur. Sans doute, l'intérêt de tous les Etats peut exiger qu'une personne juridique soit reconnue partout, et qu'elle jouisse partout de certains droits, sauf à les restreindre en les soumettant à des conditions déterminées par la loi. C'est alors au législateur d'intervenir, comme il l'a fait pour les sociétés anonymes.

La raison que le légiste français invoque à l'appui de sa doctrine est plus étrange encore que la théorie même. C'est, dit-il, l'application du principe *Locus regit actum*, et le droit des gens a consacré cette maxime. J'avoue que

je ne comprends pas ce que l'adage traditionnel a affaire dans ce débat. Tel que le code Napoléon l'admet, il signifie que les *formes extérieures* des actes reçus dans un pays sont réglées par la loi territoriale. Est-ce que par hasard les formes instrumentaires, l'intervention d'un notaire, la présence de témoins, concernent la *liberté* des *personnes morales*, ou, pour mieux dire, leurs *droits?* Quand il s'agit de personnes réelles, de leur état, de leur capacité, consulte-t-on la loi du pays où elles agissent? L'article 3 du code Napoléon dit le contraire; le Français, bien que résidant à l'étranger, est régi par la loi française, et non par la loi du lieu où il réside. Chose singulière! Si l'on appliquait la maxime *Locus regit actum* aux droits des personnes morales, on aboutirait à une conséquence toute contraire au principe que pose le jurisconsulte français qui l'invoque : les droits d'une personne morale, créée en Belgique et agissant en France, seraient régis par la loi française, et non par la loi belge. Et il en est effectivement ainsi, non par application de l'adage traditionnel, mais à raison de la nature des personnes morales; étant de droit public, les lois qui les régissent forment par cela même un statut réel : c'est dire que la loi de chaque pays doit déterminer si une corporation créée à l'étranger y est reconnue, à quelles conditions, et de quels droits elle y jouit. Quand je parle de lois, j'y comprends les traités; comme il s'agit de relations internationales privées, les traités sont la voie régulière pour régler les questions difficiles que présente le conflit des lois nationales.

137. Savigny dit que le droit essentiel dont toute personne juridique doit avoir la jouissance, c'est le droit de propriété. Cela est vrai, en termes généraux. Mais ne vaudrait-il pas mieux, en cette matière, ne point procéder par généralités? Quand le code Napoléon parle des personnes que la doctrine appelle juridiques, morales ou civiles, il cite l'Etat, les communes, les établissements publics ou d'utilité publique; cette dernière expression est la seule qui ait une acception générale, on peut l'appliquer à toutes les personnes fictives, car toutes sont créées en

vue d'un service public. Ce service varie d'une personne juridique à l'autre; or, les droits que l'on attribue à ces êtres fictifs sont en rapport avec le service dont ils sont chargés, ils varient donc d'une personne civile à l'autre. Il en est même ainsi du droit de propriété. Pour les personnes réelles, il n'y a qu'un seul droit de propriété, le même pour tous les hommes; ils ont la faculté illimitée d'acquérir des biens, à quelque titre que ce soit, et ils ont encore la faculté absolue d'en user, d'en jouir, d'en disposer comme ils l'entendent. Mais la propriété n'est pas pour les personnes juridiques ce qu'elle est pour l'homme : pour elles, loin d'être le plus étendu des droits, ce n'est qu'une charge. Il ne peut donc pas s'agir pour elles d'un droit illimité d'acquérir, de disposer et de jouir : leur capacité est restreinte par la destination pour laquelle on les a créées. J'en ai donné des exemples très significatifs. La charité publique est confiée aux bureaux de bienfaisance et aux hospices; mais leurs fonctions sont distinctes; il en résulte que les hospices ne peuvent pas recevoir de libéralités pour être distribuées en secours à domicile ; et les bureaux de bienfaisance n'ont pas capacité de recevoir un don ou un legs ayant pour objet la construction d'un hospice. Ni l'un ni l'autre de ces établissements ne pourrait recevoir une libéralité destinée à l'enseignement ou au culte. Cependant, toutes ces œuvres sont comprises sous la dénomination générale d'œuvres pies, et l'on pourrait croire qu'étant créés en vue d'œuvres pies, les établissements de bienfaisance ont une capacité générale d'acquérir à titre gratuit, en vue de cette destination! Ce serait méconnaître la nature des personnes juridiques. Ce sont des êtres fictifs qui n'ont d'existence et de droits que dans les limites de leur destination légale.

138. C'est avec cette restriction que les personnes juridiques jouissent du droit de propriété. Quelle est la loi qui régit ces restrictions ? La question est de savoir si loi qui les crée et qui leur donne un droit limité de propriété doit recevoir son application en pays étranger. Ou est-ce la loi du pays où une personne civile veut exercer le droit de propriété qui doit être appliquée ? Si

l'on admet le principe tel que je l'ai formulé, la solution est facile. Je suppose naturellement qu'il n'y a sur la matière, ni acte législatif, ni traité; et que l'existence légale de la personne civile créée à l'étranger n'est point contestée. Le statut qui régit les droits d'une corporation est réel; cela est décisif : la corporation étrangère aura en Belgique, ou en France, les droits que la législation belge ou française accorde aux établissements analogues qui y existent. Ainsi, les hospices belges, reconnus en France, pourront recevoir à titre gratuit des biens situés en France, de même que les hospices français, mais aussi avec les restrictions auxquelles ces derniers sont soumis d'après la loi française. La question n'a pas d'intérêt pratique, en ce qui concerne la Belgique et la France, puisque la législation des deux pays est la même; mais elle peut se présenter pour les établissements charitables d'autres pays dont la législation est différente. D'après le droit français, les établissements publics ne peuvent recevoir qu'après y avoir été autorisés par le gouvernement : les établissements étrangers seront-ils soumis à cette condition ? L'affirmative n'est pas douteuse, puisque le statut est réel. Elle est même admise par le conseil d'Etat, bien qu'il place les établissements étrangers sur la même ligne que les personnes physiques; je transcris les motifs donnés par l'avis du 12 janvier 1854, que j'ai cité plus haut (n° 134), en le critiquant :

« Aux termes de l'article 910, les dispositions entre-vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune ou d'établissements d'utilité publique, n'ont d'effet qu'autant qu'elles sont autorisées par le chef de l'Etat. Le but de cette disposition, tel qu'il a été défini par les orateurs du gouvernement, lors de la discussion du code Napoléon est non seulement l'exercice du droit de tutelle qui appartient à l'autorité supérieure, à l'égard des établissements charitables et des autres établissements d'utilité publique qui existent en France, mais aussi la *consécration d'un droit de souveraineté*, en vertu duquel il appartient au chef de l'Etat d'annuler ou d'autoriser toute libéralité faite au profit d'un établissement quel-

conque, s'il l'a jugée susceptible de porter atteinte, soit à l'intérêt des familles, soit à l'intérêt de l'Etat. Dès lors, l'application de l'article 910 ne saurait dépendre de la *nationalité* de l'*établissement* public auquel la libéralité est faite. D'ailleurs, les termes de l'article 910 sont formels, et aucune autre disposition de loi n'y a dérogé en ce qui touche les établissements publics étrangers (1). »

Dans mon opinion, les derniers considérants sont de trop, et la décision aurait pu être formulée en deux mots, c'est que, dans le silence de la loi et en l'absence d'un traité, les établissements étrangers ne jouissent en France que des droits que la loi française leur reconnaît, et naturellement sous les restrictions qu'elle y apporte.

L'hypothèse inverse à celle qui a été soumise au conseil d'Etat pourrait se présenter. On suppose que la loi du pays où l'établissement a été créé exige une autorisation du gouvernement pour toute acquisition que ferait une corporation : il en était ainsi des anciens gens de mainmorte, même pour les acquisitions qu'ils faisaient à titre onéreux. Est-ce que cette condition devrait être observée si la corporation acquérait un bien dans un pays où la loi de mainmorte n'est pas admise? Il y a quelque doute. S'il s'agissait d'un particulier, il faudrait décider, et sans hésiter, que l'incapacité qui le frappe le suit à l'étranger, puisque tel est l'effet de toute loi personnelle établissant une incapacité, quand même l'incapacité ne serait que spéciale ; telle est du moins l'opinion que j'ai adoptée dans ces Etudes (t. II, n° 57). Mais les personnes juridiques n'ont point d'état, ni par conséquent de statut personnel; leur condition et leurs droits dépendent de la loi du territoire : n'en faut-il pas conclure que c'est cette loi, qui, dans l'espèce, doit recevoir son application, et décider, en conséquence, que l'établissement étranger sera capable en vertu de la loi territoriale, quoiqu'il soit incapable d'après la loi de sa création? Telle est, en effet, l'opinion de Savigny, et elle est généralement suivie (2). Il me semble qu'elle ne tient pas compte

(1) Dalloz, *Recueil périodique*, 1856, 3, 16.
(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. II, p 161.

de la nature spéciale, disons mieux, de l'essence des personnes civiles. Leur existence et leurs droits se confondent, car elles n'ont de droits qu'à raison de l'existence fictive que le législateur leur accorde ; donc elles n'existent que vinculées par la loi de leur existence, et si on les reconnaît en pays étranger, c'est dans cet état de personne limitée et vinculée; en dehors de cette condition, elles n'existent point. Il est certain que l'acquisition faite à l'étranger sans autorisation ne serait pas reconnue dans le pays même où elles ont été créées, et cependant elle devrait figurer dans leur budget, comme une partie de leur actif. On voit que l'opinion générale conduit à une contradiction dans les termes : l'établissement serait propriétaire et pas propriétaire. Il faut donc décider que la loi de la capacité restreinte le suit partout.

139. La jurisprudence administrative de France est très favorable aux établissements étrangers : je me demande si elle ne l'est pas trop. Une libéralité consistant en valeurs mobilières est faite par un étranger à un établissement étranger : cette libéralité est-elle soumise à l'autorisation du gouvernement? Le conseil d'Etat s'est prononcé pour la négative, par la raison que les nationaux n'y étaient pas intéressés, puisque le testateur et ses héritiers étaient étrangers; et l'Etat n'y avait aucun intérêt, puisque aucune partie du territoire n'était frappée de mainmorte (1). J'ai fait ailleurs mes réserves contre cet avis (2). Il suffit de lire l'article 910 pour se convaincre que le conseil d'Etat s'est mis en dehors de la loi et, par conséquent, au-dessus de la loi : « *Les dispositions* entre-vifs ou par testament au profit des hospices, des pauvres d'une commune ou d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par un décret impérial. » La loi est conçue en termes généraux et elle est placée au chapitre de la capacité de disposer et de recevoir à titre gratuit; il en résulte que les personnes juridiques sont incapables de recevoir des dons

(1) Avis du conseil d'Etat du 4 novembre 1835 (Vuillefroy, *Culte catholique*, p. 279).
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XI, p. 273, n° 196.

et des legs, alors même qu'elles auraient une existence légale ; cette incapacité est absolue, elle frappe les établissements français et étrangers, et sans qu'il y ait à distinguer si la libéralité consiste en meubles ou en immeubles. Il n'est pas exact de dire que le danger de la mainmorte n'existe que pour les immeubles : est-ce que la France pourrait permettre que ses valeurs industrielles passent dans les mains de corporations étrangères, corporations qui, selon les circonstances, peuvent être ennemies? Le fait que les richesses mobilières prennent un accroissement prodigieux constitue un nouveau danger que nos anciennes lois ne prenaient pas en considération, par l'excellente raison qu'au moyen âge et jusque dans les temps modernes, la richesse mobilière n'existait point : de là le dicton, *Vilis mobilium possessio,* qui a laissé des traces nombreuses dans notre code civil. La richesse entre les mains des corporations est toujours un mal; elles ne sont pas créées pour devenir riches; si la loi leur permet d'être propriétaires, c'est parce que des biens leur sont nécessaires pour remplir le service public dont elles sont chargées, mais le législateur doit veiller à ce que cette limite de la nécessité ne soit point dépassée. Ce serait une raison pour défendre aux établissements publics d'acquérir en pays étranger, chaque Etat devant pourvoir aux besoins des services publics qu'il crée. Et si l'on autorise les acquisitions à titre gratuit en pays étranger, il faut que, par des conventions internationales, on prévoie le danger qui en peut résulter et le moyen de le prévenir. Telle serait une entente entre les deux Etats intéressés : celui où la corporation a été créée serait appelé à concourir à l'autorisation avec l'Etat où la libéralité est faite. Il s'agit d'un intérêt commun à tous les Etats, il est donc bon qu'ils se concertent pour le sauvegarder.

140. Le droit de propriété dont jouissent les personnes juridiques leur donne le droit de contracter, puisqu'il est impossible d'acquérir, de disposer, de jouir et d'administrer sans faire des contrats. Ici interviennent de nouvelles restrictions; l'article 537 du code Napoléon pose le principe : « Les biens qui n'appartiennent pas à des par-

ticuliers sont *administrés* et ne peuvent être *aliénés* que dans les *formes* et suivant les *règles* qui leur sont *particulières*. » Aucune corporation, pas même l'Etat, n'est affranchie de ces chaînes; les actes juridiques les plus simples et les plus usuels, les baux, sont soumis à des règlements spéciaux quand il s'agit des biens de l'Etat, des communes et des établissements publics : ce sont les termes de l'article 1712. Lorsque l'acte présente une certaine importance, l'incapacité va en augmentant, en ce sens que le législateur redouble de précautions : aux termes de l'article 2045, les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse de l'empereur. Pour l'aliénation des biens de l'Etat, il faut une loi.

Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans ces détails, cette matière appartient au droit public administratif. Je dois ajouter un mot sur les droits que les créanciers ont contre les personnes juridiques étrangères. J'ai longuement traité cette question en ce qui concerne l'Etat et les communes. Le droit des créanciers de poursuivre une corporation étrangère ne saurait être contesté : ils ont ce droit, dans mon opinion, quand ils traitent avec un gouvernement étranger; à plus forte raison, quand ils contractent avec un établissement public. Autre est la question de savoir s'ils peuvent exécuter les jugements qu'ils obtiennent sur les biens de leur débiteur? Je crois qu'il faut appliquer, par analogie, aux établissements publics placés sous le contrôle et la tutelle du gouvernement, le principe consacré par la cour de cassation de Belgique pour les communes. Il y a plus qu'analogie, il y a identité de situation. Les établissements publics, tels que bureaux de bienfaisance, hospices, fabriques d'église, n'ont pas la disposition de leurs biens; ils ne peuvent faire aucune dépense, ni par conséquent satisfaire à leurs engagements qu'après y avoir été autorisés par l'administration supérieure, et conformément aux allocations de leur budget dont il leur est défendu de s'écarter. De là suit que les créanciers ne peuvent pas agir contre les corporations publiques par les voies ordinaires d'exécution pour obtenir le payement de ce qui leur est dû. Il n'en est pas de

même des personnes juridiques qui ne sont pas soumises à la tutelle de l'Etat, elles restent sous l'empire du droit commun (1).

141. Les personnes juridiques étrangères peuvent-elles prescrire? Pour que la question puisse se présenter, il faut supposer qu'elles sont reconnues là où elles possèdent. En effet, pour exercer un droit quelconque, fût-ce le plus naturel des droits, il faut exister. De là suit que, dans l'opinion que j'ai enseignée, les établissements publics non reconnus à l'étranger n'y peuvent pas invoquer la prescription. J'ai déjà dit que le fait est contraire à la rigueur des principes. Les hospices belges possèdent des biens en France, dans les Pays-Bas; si on leur permet d'acquérir des biens, il faut aussi admettre qu'ils peuvent prescrire, la prescription étant une dépendance nécessaire de la propriété. Il est à désirer que la législation soit mise en harmonie avec le fait : les droits des corporations étrangères, que l'utilité commune autorise à reconnaître, devraient être réglés par des conventions diplomatiques, comme toutes les difficultés auxquelles donne lieu le droit civil international. Mais, en attendant que le fait soit légalisé, je ne puis pas reconnaître au fait l'autorité du droit.

Quant aux personnes juridiques qui sont reconnues à l'étranger, telles que l'Etat, les provinces et les communes, il faut décider qu'elles y jouissent des droits qui appartiennent aux corporations analogues qui y existent. Or, aux termes de l'article 2227, « l'Etat, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers et peuvent également les opposer ». La prescription est établie dans un intérêt général, elle doit donc être admise sans distinction d'étrangers et de nationaux; et, par conséquent, sans distinction de corporations étrangères ou nationales. On a appelé l'usucapion la patronne du genre humain; c'est dire que l'intérêt universel des nations est en cause.

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXIX, p. 309, n° 275, et le t. III de ces Etudes, p. 59, n°s 38-47.

142. L'hypothèque légale était jadis considérée comme un droit civil, et, par suite, on la refusait aux femmes et aux mineurs étrangers. La loi hypothécaire belge a dérogé au droit traditionnel : les étrangers jouissent de l'hypothèque légale en Belgique. En faut-il induire que les corporations étrangères ont aussi l'hypothèque que le code Napoléon et notre loi donnent à l'État, aux communes, aux établissements publics sur les biens de leurs comptables? (C. Nap., art. 2121. Loi hypothécaire belge, art. 47.) L'hypothèque légale, en tant qu'elle est réclamée par des établissements étrangers, soulève deux questions qu'il faut se garder de confondre. Si on la considère comme un droit civil, elle ne peut être exercée en Belgique par des étrangers, sauf en vertu d'un traité de réciprocité : c'est la disposition de l'article 11 du code Napoléon. D'après la loi hypothécaire belge, l'hypothèque légale cesse d'être un droit civil pour devenir un de ces droits naturels qui appartiennent à toute personne, donc aussi aux personnes civiles étrangères, en supposant qu'elles aient une existence légale en Belgique. Cela exclut les établissements publics créés en pays étranger. Dans mon opinion, ces établissements n'existent pas en Belgique, et partant ils n'y peuvent réclamer aucun droit, pas plus des droits naturels que des droits civils. Quant aux personnes civiles reconnues en Belgique, elles y jouissent, en principe, des droits qui sont accordés par nos lois aux personnes civiles analogues qui sont créées par nos lois. Par application de ce principe, il faudrait décider que les Etats étrangers, ainsi que les communes et les provinces, ont une hypothèque légale sur les biens des comptables situés en Belgique; avec cette restriction cependant que l'hypothèque légale leur appartienne aussi en vertu de la loi étrangère (n° 138). Il y a cependant un motif de douter. L'hypothèque que la loi accorde à certains créanciers est une exception au droit commun, donc un privilége. On conçoit qu'en Belgique la loi belge donne une situation privilégiée à certaines personnes juridiques, à l'égard des particuliers; mais quand le conflit s'établit entre un Etat étranger et un Belge, il n'y a plus identité de raison :

l'hypothèque légale de l'Etat belge profite à la généralité des citoyens, puisque c'est une garantie pour la gestion des deniers publics ; dans le conflit entre l'intérêt général et l'intérêt particulier, celui-ci doit toujours céder. Mais l'intérêt des citoyens belges doit-il aussi céder à l'intérêt d'un Etat étranger? En théorie, on peut le soutenir, et c'est bien mon avis; la communauté de droit que notre science admet entre les individus doit aussi exister entre les Etats. Mais si l'on consulte le droit positif, et surtout le code Napoléon, la question devient très douteuse. Il est certain que l'idée d'une communauté de droit entre les peuples est étrangère au code français, et, dans l'esprit de la loi, il faudrait décider que l'intérêt français domine l'intérêt de l'Etat étranger. Mais la jurisprudence de nos cours est animée de sentiments plus larges; et je crois bien qu'elles se prononceraient, comme je l'ai fait ailleurs (1), en faveur de l'Etat étranger, à raison de la communion où vivent aujourd'hui les nations. En tout cas, la question devrait être décidée en ce sens par les traités, quand le jour arrivera où la diplomatie s'occupera à réaliser le règne du droit et de la justice entre les peuples civilisés.

143. Le droit d'ester en jugement est le plus naturel des droits. Cependant les cours de Belgique l'ont refusé, et avec raison, aux sociétés anonymes étrangères, tant qu'elles n'ont pas eu d'existence légale en Belgique. A la rigueur, il en faut dire autant de toutes les personnes juridiques qui ne sont pas reconnues dans le pays où elles veulent plaider : l'existence légale, comme personne, est la premiere condition requise pour exercer un droit quelconque, même celui d'ester en justice. Je reviendrai encore sur ce point en traitant des sociétés commerciales.

Il s'est présenté devant la cour de cassation de Belgique une question très intéressante; je dois rendre compte de la solution qu'elle a reçue. En France, le gouvernement a le monopole de la fabrication du tabac. C'est une véritable industrie que la régie exerce : on dit manufacture royale,

(1) Voyez le tome XXX de mes *Principes de droit civil*, p. 231, nº 254.

impériale ou nationale des tabacs. Voilà une singularité en matière de personnification. Certes, la mission de l'Etat n'est point d'être industriel ou commerçant. Il peut cependant l'être dans un intérêt public, bien entendu si la loi l'y autorise. En Belgique l'Etat est voiturier en tant qu'il exploite les chemins de fer; il est fabricant en tant qu'il fabrique des fusils pour l'armée : cela est de doctrine et de jurisprudence. Il arriva qu'en Belgique la marque de la régie française, portant *contributions indirectes,* et apposée sur les produits de la fabrication française, furent contrefaits. De là une plainte en contrefaçon d'une marque de fabrique fondée sur l'article 191 du code pénal belge, lequel punit ceux qui apposent sur les objets fabriqués le nom d'un fabricant autre que celui qui en est l'auteur. Je laisse de côté le fond du débat. Les défendeurs contestèrent à la régie française le droit d'agir en justice devant les tribunaux belges. La régie des tabacs, disait-on, appartient à l'Etat français, à ce titre, donc à titre d'autorité, et un Etat étranger n'a aucune autorité en Belgique. Cette exception a été rejetée par la cour de cassation. Quand l'Etat fabrique du tabac, il est industriel, il peut donc invoquer la protection que les lois accordent à tout fabricant (1). On aurait pu objecter que l'Etat français n'est pas reconnu en Belgique : l'objection n'a pas été faite en ces termes. Elle est très spécieuse; dans la subtilité du droit, on pourrait dire que l'Etat français ne peut avoir en Belgique que les droits que l'Etat belge y exerce, qu'il ne peut donc pas y être reconnu comme fabricant de tabacs. La décision de la cour de cassation implique que l'Etat étranger peut agir en Belgique d'après la loi étrangère. C'est, comme je l'ai dit, l'opinion qui domine en France, et telle est aussi, comme je vais le dire, l'opinion générale dans les pays étrangers.

III. *Doctrine anglo-américaine.*

144. On lit dans le code international de l'Américain Field : « Les *corps* n'ont *aucune existence* hors du terri-

(1) Rejet, 26 décembre 1876 (*Pasicrisie,* 1877, 1, 54).

toire de l'Etat qui les a reconnus, ou de la juridiction en vertu de laquelle ils existent. Telle est la doctrine généralement reçue aux Etats-Unis (1). » C'est le principe que j'ai défendu dans cette longue Etude. Wharton s'énonce dans le même sens; il applique même le principe aux divers Etats de l'Union américaine : une corporation créée dans un Etat ne peut pas faire un contrat valable dans un autre Etat sans l'autorisation expresse ou tacite de l'Etat où elle veut contracter. A plus forte raison en doit-il être ainsi des corporations étrangères proprement dites. Toutefois Wharton ajoute que les corporations qui ont des agences dans un Etat autre que celui où elles ont été créées peuvent y être traduites en justice (2). C'est déjà une dérogation à la rigueur des principes; pour ester en jugement, il faut exister, peu importe que ce soit en défendant ou en demandant; un non-être, le néant peut-il figurer dans un débat judiciaire? Conçoit-on une condamnation à charge d'une personne qui n'a point d'existence légale? Je ne trouve pas de réponse à cette question, dans les auteurs américains, ils ne procèdent pas par principes et ils ne font pas même connaître les motifs des décisions judiciaires qu'ils rapportent, sauf quand un magistrat distingué les a développés, en prononçant la sentence, laquelle ressemble alors à une dissertation. Wharton ne nous dit point pourquoi on permet, aux Etats-Unis, de traduire en justice les corporations non reconnues, ni comment on concilie ce fait avec le principe qui les considère comme non existantes, tant qu'elles n'ont pas été reconnues. Peut-être se tire-t-on d'embarras par une distinction consacrée par la cour de cassation de France, entre la personne morale et l'association de fait, celle-ci pouvant toujours être citée en justice quand même elle n'aurait pas d'existence légale : j'y reviendrai.

La jurisprudence anglo-américaine est une série de précédents plutôt qu'une science rationnelle. Je suppose que le principe, tel que Field et Wharton l'établissent, a long-

(1) Field, *International code*, p. 381, n° 545, de la 2e édition.
(2) Wharton, *Conflict of laws*, p. 55, § 48, *a*.

temps régné dans les cours de justice; il découle, en effet, de la nature même des corporations. Mais les nécessités de la pratique l'auront emporté sur la rigueur de la loi; de là des exceptions qui coexistent avec la règle, sans que l'on sache comment on doit les concilier; à vrai dire, les légistes ne semblent pas s'en inquiéter. Telle règle a longtemps régné dans la jurisprudence, puis vient une décision nouvelle qui la renverse; on se contente de dire qu'elle est renversée (*overruled*), sans se demander si la nouvelle doctrine a pour elle la raison et les principes : on dirait une loi ancienne qui est abrogée, et on n'en parle plus. Ainsi je lis dans Story qu'il a été décidé récemment (1), après de longs débats que les Etats-Unis pouvaient ester en jugement en Angleterre, en leur propre nom, et non seulement par l'organe du président. C'est dire qu'on reconnaît les Etats-Unis, à titre de personne juridique, capable par conséquent d'ester en jugement. Quel fut l'objet de ces longues discussions? C'est ce qui nous intéresse le plus, nous autres juristes du continent; nous tenons à savoir la raison des choses, et s'il y a une révolution dans la jurisprudence, nous voulons savoir par quels motifs elle a été amenée. Je cherche vainement le pourquoi dans les écrits des meilleurs légistes d'Amérique; je dois me contenter du fait et en induire le principe que les Etats étrangers sont admis à ester en justice dans la Grande-Bretagne, et y sont par conséquent reconnus à titre de corporations. Il y avait moins de difficultés en Amérique pour reconnaître le même droit aux divers Etats de l'Union entre eux : reconnus par la législature comme corps politiques, comment leur eût-on contesté l'existence civile? On les admet, dit Kent, à ester en justice (2).

145. Les principes, alors même qu'on semble les méconnaître, ont une puissance irrésistible; ils arrivent à leurs conséquences dernières en dépit de l'opposition qu'ils rencontrent; la logique des idées le veut ainsi. On commence par reconnaître aux Etats le droit d'ester en

(1) C'est une note du dernier éditeur Bennett, de 1872 (p. 705, note 4).
(2) Kent, *Commentaries on american law*, t. II, p. 362, note *d*.

jugement, puis on l'accorde aux corporations; les besoins de la pratique le veulent ainsi quand elles sont défenderesses; et si elles sont capables de défendre, il n'y a plus de raison pour qu'elles soient incapables de demander. Mais l'existence, fût-elle fictive, ne se limite pas ainsi; si les corporations étrangères peuvent ester en jugement, pourquoi n'auraient-elles pas le droit de contracter? Les jugements sont des contrats judiciaires. Capables de former le plus solennel des contrats, comment les déclarerait-on incapables des contrats ordinaires, la vente, le louage, le prêt? Kent dit qu'entre les divers Etats de l'Union américaine on admet les corporations non seulement à ester en jugement, mais aussi à contracter. On y met cependant quelques restrictions. D'abord il faut que la charte d'incorporation autorise les personnes juridiques à faire le genre de contrats dont il s'agit. Puis, la capacité des corporations est nécessairement limitée par la loi qui leur a donné l'existence : les jésuites se sont faits, dans le temps, industriels, commerçants et banquiers, et ils font encore des opérations de commerce, de banque et d'industrie par personnes interposées : et ces comédiens se disent par excellence les disciples de Jésus-Christ! Il faut aussi, dit Kent, qu'il n'y ait pas, dans l'Etat où une corporation veut faire un contrat, de loi positive qui établisse une prohibition à cet égard. Les Etats de l'Union ne sont pas tous également favorables à toute espèce de corporations; il y en a qui ne permettent pas aux banques étrangères d'étendre leurs opérations sur leur territoire (1). Dès qu'il y a une loi d'intérêt général, elle domine même le statut personnel des étrangers; à plus forte raison les corporations étrangères ne peuvent-elles pas se prévaloir de leur existence fictive et des droits qu'elles tiennent d'une loi étrangère contre une loi territoriale d'ordre public.

146. La logique, en matière de corporations, est une mauvaise conseillère; elle aboutirait à assimiler entièrement les personnes juridiques et les personnes réelles. Il

(1) Kent, *Commentaries on american law*, t. II, p. 364 (285) et note *a*.

y a des légistes qui se sont laissé entraîner par cette logique décevante, oubliant la distance qui sépare la vie véritable de la vie fictive : c'est un abîme. De l'homme on peut dire qu'étant un être capable de droit, il est par cela même capable de tous les droits. La raison en est simple, c'est que les droits sont pour lui un moyen de perfectionnement; c'est sa mission et elle est infinie, à tel point qu'il n'atteindra jamais la limite extrême. Qui a jamais songé à en dire autant des corporations? Elles ont une existence limitée, donc aussi des droits limités, puisqu'elles n'ont de droits qu'à raison de leur existence fictive. D'un autre côté, les corporations sont absorbantes et ambitieuses de leur nature : il suffit de rappeler les corporations religieuses, et il reste quelque chose de leur esprit envahissant dans toute corporation. De là des abus et des dangers; pour les conjurer, les lois de tous les Etats de l'Europe ont défendu d'acquérir des immeubles sans une autorisation du chef de l'Etat; j'y reviendrai. Les statuts de *mortemain*, comme les légistes anglo-américains les appellent, n'existent pas comme loi générale aux Etats-Unis. Dans les Etats où ils sont tombés en désuétude, on permet aux corporations étrangères d'acquérir des immeubles, pourvu que leur charte les y autorise et qu'il n'y ait point de loi positive qui s'y oppose. Kent approuve cette jurisprudence libérale et éclairée (1). Cela prouve qu'aux Etats-Unis les abus et les dangers des corporations sont encore inconnus. On s'apercevra un jour que le beau nom de liberté est exploité par certaines corporations, disons le mot, les corporations catholiques, dans un intérêt qui n'est certes pas celui de la liberté et des lumières. Sans doute, dans un pays protestant le danger est moindre; il n'existe pas moins; et en face de l'ambition illimitée de l'Eglise et de son esprit de domination, il est toujours bon d'avoir les yeux ouverts, sans se laisser tromper par l'apparence de la liberté, qui, dans la bouche de l'Eglise, signifie asservissement, soumission absolue au prêtre! *Caveant consules!*

(1) Kent, *Commentaries on american law*, t. II, p. 358, note.

IV. *Doctrine allemande et italienne.*

147. La science allemande est fertile en systèmes, mais l'esprit pratique lui a manqué jusqu'ici; et s'il y a une matière où il faille tenir compte des faits, c'est celle de l'incorporation. On lit, dans un excellent traité sur le droit international privé, que les personnes juridiques, reconnues comme telles dans un Etat, ont aussi une existence légale dans les autres Etats (1). Sur quoi Bar fonde-t-il cette proposition, qui a l'air d'un axiome? Sur le droit coutumier. L'auteur allemand oublie de citer ses témoignages. Nous venons d'entendre les Anglo-Américains, leur point de départ est tout à fait opposé; ils disent que les corporations n'existent pas en dehors de l'Etat où elles ont été créées, et cette maxime a paru si certaine à Field, qu'il l'a insérée dans son code international, à titre de règle universelle pour tous les Etats civilisés. Nous voilà en présence de deux règles contraires dans deux pays de coutumes : cela ne suffit-il pas pour écarter le prétendu droit coutumier? On voit que ce n'est pas sans raison que, dans l'Introduction à ces Etudes, j'ai contesté l'existence d'un droit coutumier international. Voici un des points les plus importants de notre science : on invoque le droit coutumier pour y établir le principe de l'existence universelle des corporations, et il se trouve que ce droit est une chimère. Je puis m'exprimer ainsi, car ce n'est pas seulement en Angleterre et aux Etats-Unis que l'on ignore l'axiome du jurisconsulte allemand, la jurisprudence des cours de Belgique l'a condamné de la manière la plus formelle dans la question des sociétés anonymes. Il a fallu des lois et des traités pour établir entre la Belgique, la France et l'Angleterre, à titre de réciprocité, le principe que Bar appuie sur un droit coutumier dont ces lois et ces traités sont la négation.

148. Bar ajoute que pour ce qui concerne les villes, les communes et les églises, son axiome n'a pas besoin d'être démontré : que cela va sans dire. Je suis de l'avis

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 135.

de Talleyrand, que ce qui va sans dire va encore mieux en le disant, et surtout en le prouvant, car, en droit, les affirmations que l'on ne prouve pas n'ont aucune valeur. Les communes sont une dépendance nécessaire de l'Etat, bien entendu quand l'Etat est reconnu comme corps politique, ce qui ne se fait pas sans dire : il a fallu de longues négociations avant que la Belgique fût reconnue, et, par conséquent, que la Belgique formât une personne juridique.

Il y a une Eglise qui se dit établie par Dieu, et qui prétend être, en un certain sens, une incarnation de la Divinité. L'Eglise romaine est plus qu'une personne civile; elle forme, disent les canonistes, une société parfaite, c'est-à-dire un Etat, ayant tous les pouvoirs de l'Etat, existant au besoin, malgré l'autorité souveraine, et dominant le pouvoir laïque au même titre que l'âme domine le corps. Est-ce que le jurisconsulte allemand admet ces prétentions qui détruisent toute souveraineté civile comme toute liberté de l'individu? J'en doute fort; il ne parle pas de l'Eglise, il parle des Eglises; c'est le langage protestant, donc hérétique aux yeux de l'Eglise orthodoxe, ce qui soulève un immense débat, lequel certes ne se vide pas en disant que cela va sans dire.

En Belgique, quoique pays catholique et ultramontain par excellence, il n'y a plus d'Eglise; le mot ne se trouve pas dans notre Constitution, ni la chose. L'Etat n'intervient plus dans la nomination des ministres du culte; seulement, par une étrange inconséquence, il les salarie. Hors le salaire, il n'y a plus de prêtre aux yeux de l'Etat, voilà pourquoi les prêtres catholiques sont admis à contracter un mariage civil. Est-ce que, dans un pareil état de choses, les Eglises peuvent être considérées comme des personnes civiles? La question est un non-sens, car c'est dire que les Eglises, qui n'existent pas aux yeux de la Constitution, ont néanmoins une existence légale. D'ailleurs, même dans l'ancien ordre de choses, ce n'est pas l'Eglise qui était personnifiée, c'étaient ses innombrables établissements. Parmi ces établissements figuraient en première ligne les couvents. Va-t-il, par hasard, sans

dire que les couvents ont une existence légale partout, parce qu'il plaît au pape de créer des ordres mendiants, alors que la mendicité est un délit; ou des ordres enseignants, alors que l'enseignement est un droit et un devoir de l'Etat? Non certes, car le légiste allemand ne va pas jusque-là; il admet une exception à son axiome quand la corporation étrangère poursuit un but, qui est *illicite* d'après la législation territoriale du pays. Faut-il que ce but soit *illicite* dans le sens propre du mot, ce qui implique un délit ou un quasi-délit? Je ne puis croire que telle soit la pensée de Bar; il ne se forme guère de corporations ayant pour objet des délits. Mais le but peut être très licite, très favorable même, et néanmoins avoir des conséquences très funestes pour la prospérité et même pour la moralité des nations. Quoi de plus légitime que la charité? Quoi de plus favorable que les *pia corpora?* Cependant Savigny dit que toute charité n'est pas bonne, et une expérience séculaire atteste qu'il a raison. Le travail n'est-il pas la base de la moralité, et l'oisiveté n'est-elle pas la mère des vices? Et ne sont-ce pas là les conséquences inévitables d'une charité qui consiste en aumônes quand elles se font au premier venu?

149. Bar étend son principe aux autres personnes civiles en insistant sur les nécessités du commerce, lequel, par sa nature, étend ses relations dans tous les Etats. Il paraît surtout préoccupé des sociétés commerciales. Ici nous entrons dans un tout autre ordre d'idées. Il s'agit du développement de la richesse publique. Jadis on croyait que l'incorporation des arts et métiers était le moyen le plus énergique de favoriser les progrès de l'industrie; cela était peut-être vrai tant que l'industrie était dans l'enfance; aux enfants on ne laisse pas une pleine et entière liberté, mais aussi quand ils arrivent à l'âge où ils peuvent se guider eux-mêmes on ne les conduit plus par des lisières; les corps des arts et métiers ont été partout abandonnés, et il s'est trouvé que la liberté était la meilleure protection. En sera-t-il de même du commerce? Ici se présente une autre difficulté. Personne ne songe à enchaîner le commerce en ne permettant les opé-

rations commerciales qu'à des commerçants incorporés. Sauf quelques monopoles maintenus dans l'intérêt de l'Etat, le commerce est libre. Mais la liberté donne-t-elle le droit de s'incorporer? Non certes. La charité est aussi libre, l'individu ayant pleine liberté de disposer de ses biens comme il l'entend; mais il n'appartient pas à l'individu de faire des fondations charitables, c'est-à-dire de créer des corporations qui sont destinées à lui survivre et à jouir d'une existence fictive : la loi seule peut incorporer. Il en est de même du commerce; les commerçants sont libres, ils peuvent encore s'associer; mais les sociétés formeront-elles des corporations qui seules seront tenues des obligations sociales à l'égard des tiers, de sorte que ceux-ci n'ont pour garantie qu'une réunion de capitaux, lesquels peuvent ne pas exister? En principe, les individus ne peuvent pas plus créer des corporations commerciales que des corporations charitables. L'incorporation ne peut jamais se faire que par la loi. Doit-elle être spéciale, ou peut-elle être générale? Le code de commerce français exigeait une autorisation spéciale pour les sociétés anonymes, comme garantie pour l'Etat et pour les particuliers. L'expérience a démontré que cette garantie était insuffisante et illusoire. Le législateur moderne a abandonné ce système en permettant aux associés de s'incorporer sous certaines conditions : ces conditions générales remplacent l'intervention et la surveillance du gouvernement que le code de commerce exigeait pour chaque société. Le nouveau système est-il plus efficace que l'ancien? Ce n'est pas ici le lieu de répondre à ces questions, mes Etudes étant étrangères au droit commercial. Je renvoie le lecteur à une excellente monographie de mon collègue, M. Asser, professeur en droit à Amsterdam (1).

150. En définitive, toutes les corporations sont reconnues de plein droit à l'étranger, par cela seul qu'elles ont une existence légale dans le pays où elles ont été créées. Bar ne prend pas la peine de justifier ce principe; et, en droit strict, il me paraît impossible de le justifier. Com-

(1) Asser, *De naamlooze Vennootschap* (1879).

ment une fiction légale existerait-elle sans loi? Et la loi qui a créé la personne juridique peut-elle lui servir de titre dans un pays où cette loi n'a aucune force obligatoire? En tout cas, fallait-il motiver cette proposition, et je ne trouve d'autre motif dans Bar que la nécessité des relations internationales, et les difficultés, les embarras qui entraveraient les relations si les corporations n'existaient dans chaque pays qu'en vertu d'une autorisation spéciale. Ces raisons ne concernent que les sociétés commerciales; elles peuvent engager le législateur à autoriser les sociétés anonymes, sous certaines conditions, mais toujours est-il que cela ne peut se faire que par l'autorité de la loi, l'individu n'ayant jamais le pouvoir d'incorporer.

Et il importe de maintenir ce principe, c'est le seul frein qui puisse arrêter l'envahissement des corporations religieuses, les plus importantes et les plus dangereuses de toutes les corporations. En effet, si l'on admet comme principe que, sans l'intervention du législateur, des commerçants peuvent créer une corporation commerciale, on aboutira logiquement à la conséquence que le même droit doit appartenir aux moines qui veulent incorporer leur couvent; et, en vérité, les moines pourraient demander si la religion n'est pas un motif aussi légitime de s'incorporer que le lucre? Puis viendraient les donateurs et testateurs, invoquant la charité et la faveur dont jouissent partout les établissements charitables : leur refusera-t-on à eux le droit d'incorporer, que l'on accorde à des commerçants? Le soulagement des misères humaines, l'enseignement, l'éducation, la science ne jouiront pas d'un droit que l'on accorde à ceux dont le seul but est de s'enrichir! Je ne sais ce que l'on répondrait dans la doctrine allemande; car c'est bien d'une doctrine généralement suivie qu'il s'agit (1), et c'est peut-être pour cela que Bar croit inutile de justifier un principe que tout le monde admet. Dans l'opinion que je défends, la réponse à toutes ces prétentions est facile et péremptoire. L'individu est libre, sa liberté d'action est illimitée; veut-il s'associer

1) Mohl, *Staatsrecht, Völkerrecht, und Politik*, t. I, p. 625.

avec d'autres individus, il le peut encore; mais là s'arrête son droit. Il ne peut pas dire : Je veux créer une corporation qui me survivra, qui aura une existence universelle et éternelle : sa volonté est impuissante à créer des êtres fictifs, il faut pour cela l'intervention de la puissance souveraine. Vainement l'individu dirait-il : Mon but est légitime, il est saint. On lui répondrait qu'à son point de vue cela peut être vrai, et qu'on lui permet d'agir en conséquence dans sa sphère d'activité; mais qu'il n'appartient pas à l'individu d'agir au nom de l'intérêt général; que la société seule a ce droit et que la loi seule est l'organe de la société.

151. Quels sont, dans la doctrine allemande, les droits dont les personnes civiles jouissent en pays étranger? On répond que les corporations étrangères sont assimilées aux corporations nationales (1); de sorte qu'une corporation anglaise aurait en Belgique les droits qui y sont accordés aux corporations créées par la loi belge, elle ne pourrait pas invoquer les droits qui lui sont reconnus en Angleterre. C'est le principe que j'ai soutenu dans cette Etude. Comment se fait-il que deux doctrines contraires aboutissent à des conséquences identiques? Il doit y avoir une inconséquence d'un côté ou de l'autre. Mon opinion est très logique. Les corporations étrangères n'ont aucune existence légale en Belgique; elles n'y existent qu'en vertu de l'autorisation donnée par la loi ou en vertu de la loi; et c'est aussi la loi belge qui détermine les droits dont jouissent les corporations, quelles qu'elles soient, étrangères ou nationales. Un être fictif ne peut avoir de droits dans un pays autre que celui où il a été créé, que par la volonté du souverain. L'existence d'une corporation et ses droits se confondent; le pouvoir qui les appelle à l'existence leur donne certains droits : c'est donc aussi à la souveraineté étrangère de reconnaître leur existence et de reconnaître leurs droits. La loi territoriale peut assimiler les corporations étrangères aux corporations

(1) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 182. Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 136.

nationales, ou elle peut leur imposer des conditions spéciales d'existence et restreindre leurs droits; tout, en matière de corporations, dépend de la loi territoriale.

La doctrine allemande procède d'un principe tout contraire. Dès qu'une corporation existe en vertu de la loi qui l'a créée, elle a une existence légale partout. Son existence dépendant de la loi du pays où elle est appelée à la vie, il en devrait être de même de ses droits. C'est donc une inconséquence que de reconnaître aux corporations étrangères une existence légale en vertu de la loi étrangère, et de leur refuser les droits qu'elles tiennent de la loi qui les a créées : si c'est cette *loi seule* qui détermina leur existence, c'est aussi cette *loi seule* qui doit déterminer leurs droits, car c'est en vue de leur existence que ces droits leur sont accordés. L'inconséquence de la doctrine allemande témoigne contre le principe qui lui sert de point de départ. La doctrine, si l'on fait abstraction des principes d'où elle découle, est très juridique. Pour qu'un être fictif puisse exercer des droits, il faut que la loi les lui accorde. Sans doute; mais ne faut-il pas dire aussi que pour qu'une fiction ait une existence légale, il faut que la loi la reconnaisse : je me demande comment une fiction légale peut exister sans loi?

152. La doctrine allemande manque d'un principe certain. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'elle se montre favorable aux corporations. La faveur me paraît excessive. Dans l'ancien régime, les corporations étaient privilégiées, elles jouissaient d'une prescription privilégiée, et, chose singulière, ces corporations si ambitieuses s'abaissaient jusqu'à passer pour incapables quand leur intérêt l'exigeait ; assimilées aux mineurs, leur incapacité devenait pour elles une source de nouveaux priviléges. De là la question de savoir si les corporations étrangères peuvent réclamer ces priviléges. On suppose qu'elles n'en jouissent pas dans le pays où elles ont été créées. Si, dit-on, les priviléges sont accordés à une corporation par des raisons générales, indépendantes de la souveraineté territoriale, il faut les reconnaître aux corporations étrangères; leur extranéité ne saurait les exclure du droit commun. Telle

est la condition des *piæ causæ;* quelques auteurs admettent aussi cette égalité pour les églises (1). Voilà une doctrine qui me paraît étrange : est-ce que des priviléges peuvent jamais constituer un droit commun ? Cela est contradictoire dans les termes. Et conçoit-on qu'une corporation ait en pays étranger une existence privilégiée qu'elle n'a point en vertu de la loi qui la crée ? Si le législateur ne lui a pas accordé de priviléges, c'est qu'elle n'en a pas besoin pour remplir le service dont elle est chargée ; et qui peut mieux apprécier ces nécessités que le législateur qui les a créées ? Dans mon opinion, le motif de décider et la décision sont identiques. Tout dépend de la volonté du législateur ; s'il l'a manifestée, cela est d'évidence ; et s'il ne s'est pas expliqué, c'est la loi territoriale qui doit recevoir son application, avec cette restriction que les êtres fictifs ne peuvent avoir, dans le silence de la loi, des droits plus étendus que ceux que leur accorde leur charte d'incorporation, car en dehors de cette charte, il n'existent point ; mais ils peuvent en avoir moins, puisqu'ils sont partout sous la main de la puissance souveraine.

153. Le code italien va encore plus loin que la doctrine allemande. Tous les corps moraux, dit l'article 2, légalement constitués, sont regardés comme des *personnes*. C'est assimiler entièrement les corporations, êtres fictifs, créés par la loi, aux personnes réelles créées par Dieu. Si c'est là le sens du code italien, il consacre une hérésie juridique.

Mais l'article 2 ajoute immédiatement que les corps moraux jouissent des droits civils selon les *lois* et les *usages* qui constituent le *droit public* Donc, l'incorporation est une dépendance du droit public, et non du droit privé. Cela change du tout au tout la signification que paraît avoir le commencement de l'article 2. Le législateur a seulement voulu établir le principe de la personnification en disant que les corps moraux, légalement reconnus, étaient considérés comme des personnes, c'est-

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht,* p. 137. Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis,* t XXV, p. 382.

à-dire comme des êtres capables de droit. Mais quels sont les droits dont elles jouissent? Le code ne les assimile pas, sous ce rapport, aux personnes privées ; il dit plutôt le contraire : les êtres réels jouissent de tous les droits civils, étrangers ou nationaux, tandis que les droits des personnes juridiques procèdent du droit public; or, les lois politiques constituent des statuts réels, c'est-à-dire qu'elles sont limitées au territoire du pays sur lequel s'étend l'autorité du législateur ; ce qui conduit à cette conséquence que c'est la loi territoriale qui règle les droits des corporations étrangères.

Je dois ajouter que telle n'est pas l'interprétation que les légistes italiens donnent à leur code. Ils s'en tiennent à la première partie de l'article 2, qui semble assimiler les corporations aux personnes; et ils en concluent que les personnes juridiques ont un statut personnel, de même que les personnes humaines, statut qui les suit en pays étranger. De sorte que, régulièrement, les corporations seraient régies par la loi du pays où elles ont été créées, c'est-à-dire, par leur loi nationale; sauf quand elles seraient en opposition avec une loi d'ordre public dans un pays étranger (1). J'ai dit, dans cette Etude, les motifs pour lesquels je ne puis admettre que les personnes juridiques aient un état et un statut personnel. Ce serait une nouvelle fiction, entée sur une autre fiction : il faudrait un texte bien formel pour autoriser une pareille interprétation.

N° 3. DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

154. Le jurisconsulte allemand dont je viens de critiquer la doctrine est surtout préoccupé des sociétés par actions, qui jouissent de la personnification ; il les met sur la même ligne que les autres personnes juridiques, ce qui le conduit à accorder à toutes la faveur dont jouissent les sociétés commerciales. C'est, à mon avis, une confusion d'idées. J'ai signalé les différences qui existent

(1) Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 52.

entre les sociétés anonymes et les établissements publics : ceux-ci sont chargés d'un service social, et c'est à ce titre qu'on leur accorde certains droits, leur mission se borne à l'Etat dans lequel ils ont été créés, et en général, il n'est pas nécessaire qu'ils aient des droits en dehors du pays où ils existent. Il n'en est pas de même des sociétés commerciales ; le commerce est le lien des peuples, et un lien providentiel, Dieu ayant distribué les dons de la nature de manière que les diverses parties du monde sont forcées d'entrer en relations pour se procurer les choses nécessaires à la vie. Il est donc dans l'ordre naturel que les sociétés de commerce étendent leur action en dehors de l'Etat où elles se forment; et la faveur dont elles jouissent est telle, que dans les temps modernes on a fini par leur permettre de s'incorporer par leur seule volonté, en se conformant aux dispositions de la loi, mais sans avoir besoin d'une autorisation spéciale, ni d'une charte d'incorporation. Il faut se garder d'en conclure que l'on doive étendre cette législation spéciale à toutes les personnes juridiques : ce serait le renversement d'un principe universellement admis, et qui résulte de l'essence des personnes juridiques, à savoir qu'il ne dépend pas des individus de s'incorporer, que ce droit n'appartient qu'au législateur. Il serait donc bon que la doctrine séparât soigneusement les sociétés commerciales des autres personnes civiles; ce que je vais dire des dangers et des abus de l'incorporation n'a aucun rapport avec les sociétés anonymes, mais aussi les lois qui régissent les sociétés de commerce n'ont rien de commun avec l'incorporation des personnes juridiques en général. C'est pour cette raison que je traite à part des sociétés de commerce, notamment en ce qui concerne le droit qui leur a été reconnu d'ester en jugement, dans les pays étrangers, ce qui implique le droit d'y faire légalement les opérations pour lesquelles elles ont été établies.

155. Les lois récentes portées en France et en Belgique, et les traités conclus avec l'Angleterre, ont eu pour point de départ la jurisprudence de la cour de cassation de Bruxelles. D'après le code de commerce français, qui

était aussi le nôtre, les sociétés anonymes n'avaient d'existence légale qu'en vertu de l'autorisation du gouvernement : cette autorisation leur donnait le caractère de personnes civiles, dans le pays où elles étaient reconnues : pouvaient-elles, étant autorisées en France, contracter et plaider en Belgique? La cour de cassation de Belgique se prononça pour la négative. On s'est fait en France une fausse idée de la jurisprudence de nos cours, à tel point que l'on doit croire que nos voisins du midi n'avaient pas même lu les arrêts qu'ils subissaient sans les approuver. Le reproche remonte jusqu'au procureur général près la cour de cassation de France. Pour le justifier, je n'ai qu'à mettre en regard ce que M. Dupin dit dans son réquisitoire, de ce que notre cour de cassation a décidé.

« Pendant de longues années, dit M. Dupin, les tribunaux d'un pays voisin (la Belgique), confiants dans la jurisprudence des tribunaux français, qui reconnaissaient aux sociétés anonymes belges le droit d'ester en justice, avaient admis sans difficulté les sociétés anonymes françaises à jouir du même privilége : mais intervint, le 8 février 1849, un arrêt de la cour de cassation de Belgique qui refusa aux compagnies françaises le droit qu'elle leur avait reconnu jusqu'alors. Plus tard, une loi du 14 mars 1855 leur accorda ce droit, mais sous condition de réciprocité. En vain, on fit valoir que la jurisprudence française n'avait jamais dénié ce droit aux compagnies belges ; les tribunaux de ce pays persistèrent à écarter toute action intentée par une compagnie anonyme française. Il fallut bien céder à ces *exigences;* c'est alors qu'intervint la loi du 30 mai 1857. Elle a eu pour objet, dans son article 1er, de donner aux tribunaux belges la satisfaction qu'ils demandaient, et de proclamer *législativement* le principe dont la *jurisprudence* ne leur paraissait pas être une garantie assez certaine (1) ».

Ainsi, d'après M. Dupin, la grande préoccupation des tribunaux belges était que la réciprocité du droit, réclamé

(1) Dupin, *Réquisitoire* (Arrêt de cassation du 19 mai 1863 (Dalloz, 1863, p. 220).

par les compagnies françaises d'ester en jugement en Belgique, fût reconnue aux compagnies belges en France. Je vais transcrire les considérants de l'arrêt de notre cour de cassation, et le lecteur se convaincra qu'il n'y est pas dit un mot de réciprocité. La cour commence par rappeler le principe que personne ne contestera : « qu'aucune action judiciaire ne peut être poursuivie au nom d'une personne dont l'existence n'est pas reconnue ». On voit, dès le début, ce qui préoccupe notre cour suprême : les compagnies anonymes françaises ont-elles une existence légale en Belgique? Telle est la question que la cour examine et décide négativement par des raisons péremptoires. Aux termes de l'article 37 du code de commerce, la société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du roi : cette disposition est absolue, elle ne distingue pas si la société a son siége en Belgique ou à l'étranger, et il pouvait d'autant moins y avoir lieu de faire une distinction à cet égard, que ledit article participe des lois de sûreté. Il résulte, en effet, des discussions auxquelles il a donné lieu au conseil d'Etat et de l'exposé des motifs, que « l'autorisation du roi, sans laquelle aucune société anonyme ne peut exister, est exigée non seulement comme une sauvegarde pour les intérêts des actionnaires et des tiers, mais encore, et plus spécialement, comme une garantie d'ordre public, destinée à prévenir les atteintes qui pourraient être portées au crédit général et à la *tranquillité publique* par des associations mal combinées dans leur origine ou mal gérées dans leurs opérations ».

Les compagnies françaises objectaient qu'étant autorisées en France, elles avaient, par cela même, une existence légale en Belgique. C'est le système allemand que je viens de combattre. Ecoutons la réponse de la cour : « Une société anonyme, telle qu'elle existe en France, n'offre au public pour garantie qu'une agglomération de capitaux, et point de personnes obligées; c'est une création de pur droit civil, un être fictif, inconnu dans le droit des gens et qui échappe à l'application des principes du droit international ; un tel être créé exclusivement par une loi étrangère, et n'existant que par elle, expire néces-

sairement là où finit l'empire de cette loi ». Vient ensuite une considération d'intérêt social qui est décisive : « Attribuer à une société anonyme, créée à l'étranger, l'existence ou la personnification en Belgique, en l'absence d'une autorisation du roi, ce serait étendre au delà des limites tracées par le droit international, le pouvoir de l'Etat qui l'a créée, et porter en même temps atteinte à la souveraineté de l'Etat belge, qui, par l'extension de cette société, aurait été mis dans l'impossibilité de vérifier si elle est utile ou dangereuse, et de sauvegarder, comme il le doit, les intérêts nationaux publics ou privés, auxquels son existence en Belgique pourrait porter atteinte. »

Les compagnies françaises invoquaient encore l'article 3 du code Napoléon, qui leur permettait, disaient-elles, de se prévaloir partout de leur statut personnel. Il est inutile de reproduire la réponse que la cour de cassation fait à cet argument, puisque j'ai longuement discuté la question, en m'appuyant de l'autorité de notre cour suprême (n°s 120-123); je me bornerai à transcrire un considérant qui se rapporte encore à l'intérêt général engagé dans ce débat : « La puissance publique de Belgique est seule capable d'apprécier, au point de vue de l'ordre public et des intérêts belges, si une société anonyme est utile ou dangereuse; le gouvernement d'un pays étranger n'est aucunement en position de faire, au même point de vue, une semblable appréciation; d'où il suit que les mêmes considérations d'ordre public et de haut intérêt national, qui ne permettent pas qu'une association, alors même qu'elle est formée en Belgique, puisse exister et exercer des droits comme société anonyme, s'opposent également à ce que l'autorisation accordée par le gouvernement d'un pays étranger pour former une société anonyme sorte ses effets en Belgique (1) ».

On le voit, il n'est pas dit un mot dans l'arrêt de 1849 de ce que Dupin dit avoir préoccupé les tribunaux belges. Notre cour de cassation ne s'enquiert pas de ce qui se passe en France; que les tribunaux français admettent les com-

(1) Rejet, 8 février 1849 (*Pasicrisie,* 1849, 1, 239).

pagnies belges à ester en jugement, c'est leur affaire, la cour ne s'en mêle pas, et n'en tient aucun compte; pour mieux dire, elle n'en parle pas. Si elles repousse les compagnies françaises, ce n'est pas parce que la jurisprudence française n'offrait pas une garantie suffisante de réciprocité pour les compagnies belges, c'est par les plus graves considérations d'intérêt social, appuyées sur les principes qui régissent la personnification. Il est évident que Dupin n'avait pas lu l'arrêt dont il parle, et des *exigences* duquel il se plaint. Il s'était borné à jeter un coup d'œil sur la loi belge de 1855, qui accorde aux compagnies françaises le droit d'ester en justice en Belgique, sous la *condition de réciprocité*. Cette clause de *réciprocité* lui aura fait croire que tel était l'objet des difficultés qui avaient si longtemps préoccupé nos tribunaux. Il n'en est rien. Le gouvernement belge céda aux exigences de la France : question politique, dans laquelle je n'ai pas à entrer ici. Il est certain que la loi de 1855 ne donnait pas satisfaction aux graves considérations qui avaient déterminé notre cour suprême; mais peut-être, dès cette époque, s'apercevait-on que l'autorisation du gouvernement n'offrait pas les garanties que le législateur en avait attendues : dès lors, rien n'empêchait d'admettre, par courtoisie internationale, les compagnies françaises à plaider en Belgique, en stipulant, ce qui était d'usage, la réciprocité en France pour les sociétés belges. La réciprocité fut accordée par la loi française de 1857. Une satisfaction au moins fut donnée à la jurisprudence belge, disons mieux, aux vrais principes, c'est qu'une loi était reconnue nécessaire pour reconnaître aux personnes civiles créées à l'étranger une existence légale en Belgique.

156. Les lois portées en Belgique et en France furent suivies de traités conclus par les deux pays avec l'Angleterre. Le traité anglo-belge du 13 novembre 1862 porte (article 1er) : « Les hautes parties contractantes déclarent reconnaître mutuellement à *toutes les compagnies et autres associations commerciales*, *industrielles* ou *financières*, *instituées* et *autorisées* suivant les *lois particulières à l'un des deux pays*, la faculté d'*exercer tous leurs droits*

et d'*ester en justice* devant les tribunaux, soit pour intenter une action, soit pour y défendre, dans toute l'étendue des *Etats et possessions* de l'autre puissance, sans autre condition que celle de *se conformer aux lois desdits Etats et possessions.* » Il résulte de cette convention que l'autorisation spéciale requise par l'ancien code de commerce pour les sociétés anonymes est remplacée par une autorisation générale (1); il suffit qu'une société de commerce soit incorporée en Angleterre, d'après les lois anglaises, pour qu'elle constitue en Belgique une personne juridique capable d'exercer les droits qui lui appartiennent. La convention s'applique à toute espèce de sociétés de commerce, d'industrie ou de finances; elle ne nomme pas les sociétés anonymes, mais celles-ci y sont comprises. Seulement, il faut que les sociétés jouissent de l'incorporation dans le pays où elles sont établies pour qu'elles aient la personnification dans l'autre Etat; ainsi les associations commerciales momentanées et les associations commerciales en participation, auxquelles la loi belge du 18 mai 1873 (article 2) ne reconnaît aucune individualité juridique, ne seraient pas considérées comme personnes civiles en Angleterre; et, d'un autre côté, c'est la législation anglaise qui décidera si une société formée en Angleterre y a la personnification civile, et si, par conséquent, elle l'a en Belgique. Une fois reconnues en Angleterre, elles sont reconnues par cela même en Belgique, et, par suite, dit le traité, elles peuvent y *exercer tous leurs droits* et *ester en justice*. Quels sont ces droits? Contracter et faire les opérations de *commerce,* d'*industrie* et de *finances* pour lesquelles elles ont été constituées. L'incorporation a toujours une destination spéciale; la loi de 1855 et la convention de 1862 n'assimilent point les personnes juridiques dont elles parlent aux personnes réelles; elles les reconnaissent comme corporations, donc comme personnes fictives, avec les caractères qui sont attachés aux êtres fictifs.

La convention ajoute une condition pour que les socié-

(1) Bruxelles, 8 janvier 1868 (*Pasicrisie,* 1870, 2, 302).

tés étrangères puissent exercer leurs droits en Belgique : il faut qu'elles *se conforment aux lois belges*. Qu'entend-on par là? On peut soutenir, en théorie, que les sociétés étrangères ne devraient être admises à contracter et à ester en justice en Belgique que si elles se sont conformées au code de commerce belge en ce qui concerne les conditions de publicité et autres qu'il requiert pour que les sociétés anonymes, en commandite et coopératives puissent exercer leurs droits, c'est-à-dire jouissent de la personnification; en effet, ces conditions sont des garanties qui tiennent lieu de l'autorisation du gouvernement que les législations française et belge exigeaient autrefois pour la formation des sociétés anonymes. Les sociétés étrangères ne peuvent pas être des personnes juridiques en Belgique quand les sociétés belges ne le sont point. Ce serait bien là mon avis; et le texte de la convention anglo-belge paraît conçu en ce sens, puisqu'il veut, en termes généraux, que les sociétés anglaises se *conforment aux lois belges*, de même que les sociétés belges doivent se *conformer aux lois anglaises*. Cette condition a encore une autre portée, comme nous allons le voir en exposant la législation et la jurisprudence françaises.

157. La loi française de 1857 (30 avril) a donné lieu à une difficulté. Elle prévoit le cas où le chef de l'Etat autorise par décret les sociétés étrangères à exercer leurs droits et à ester en justice en France. Postérieurement un traité est intervenu entre la France et l'Angleterre, analogue à la convention anglo-belge, qui autorise d'une manière générale les sociétés anglaises, dûment incorporées en Angleterre, à agir et à plaider en France. Faut-il, outre cette autorisation générale, un décret particulier? La cour de Rennes l'avait cru; mais sa décision a été cassée par la cour de cassation, dans l'intérêt de la loi. L'autorisation générale rend superflue l'autorisation individuelle.

La loi du 30 mai 1857 a été portée spécialement en vue des difficultés auxquelles donnait lieu l'existence des sociétés françaises en Belgique. Elle porte que les sociétés anonymes et autres associations commerciales sou-

mises à l'autorisation du gouvernement belge et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France, en se conformant aux lois de l'empire. Cette loi suppose la nécessité d'une autorisation accordée par le gouvernement; la loi du 18 mai 1873 a supprimé l'autorisation et a reconnu comme personnes juridiques la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société anonyme, la société en commandite par actions et la société coopérative. Chacune d'elles forme, sans autorisation aucune, une individualité juridique distincte de celle des associés : ce sont les termes de la loi belge. Les sociétés étant légalement incorporées en Belgique, sont par cela même considérées comme personnes civiles en France.

158. La loi belge du 18 mai 1873 a complété la législation par la disposition suivante (article 128) : « Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières constituées et ayant leur siége en pays étranger, pourront faire leurs opérations et ester en justice en Belgique. » Cette loi déroge à celle du 14 mars 1855, en un point : c'est qu'elle n'exige plus la condition de réciprocité; il suffit que les sociétés soient régulièrement constituées dans le pays où elles ont leur siége pour qu'elles puissent faire leurs opérations en Belgique et y ester en justice. L'article 128 s'applique-t-il même aux sociétés qui ne forment pas des personnes civiles? D'après le texte, on pourrait le croire, puisqu'il n'y est pas question de personnification, ni d'incorporation, ni d'aucun terme analogue. Mais si l'on entendait ainsi la loi belge, elle serait en opposition avec les principes qu'elle-même consacre. Elle ne reconnaît pas l'individualité juridique à toutes les sociétés commerciales; les associations momentanées et les associations en participation n'ont point d'individualité juridique; si ces sociétés, formées en Belgique, ne sont pas des personnes civiles, il est impossible que la loi reconnaisse ce caractère à ces mêmes sociétés formées à l'étranger. Pour exister en Belgique, il faut avant tout que les sociétés étrangères existent dans le pays où elles ont leur siége, et il faut de plus

qu'elles se conforment aux lois belges. Cette condition n'est pas mentionnée par l'article 128 de la loi de 1878, mais elle est de droit. Tout ce que l'on peut demander pour les sociétés étrangères, c'est qu'elles soient sur un pied d'égalité parfaite avec les sociétés belges; il serait absurde de leur reconnaître une existence privilégiée en les dispensant de l'observation des lois belges.

Je conclus de là que les associations commerciales momentanées et les associations en participation formées en France ne seraient pas des personnes juridiques en Belgique, quand même elles seraient reconnues comme telles par la législation française. Il ne peut pas y avoir en Belgique de personnification contraire à la loi belge. J'en conclus encore que les sociétés étrangères sont soumises en Belgique à toutes les règles que le code de commerce belge impose aux sociétés qui se forment en Belgique. La loi de 1873 ne le dit point; le législateur aurait bien fait de le dire, car la loi ne saurait être trop explicite dans une matière où tout est controversé. Mais de ce que la loi belge ne dit pas une chose qui est évidente, on ne peut pas conclure qu'elle déroge à des principes évidents. Les conditions auxquelles sont soumises les sociétés belges sont requises dans l'intérêt des tiers, donc dans un intérêt général; elles forment un de ces statuts que l'on appelle réels, pour marquer qu'il est territorial, c'est-à-dire qu'il oblige toutes les personnes qui se trouvent sur le territoire, à plus forte raison les personnes juridiques étrangères qui voudraient y exercer leurs droits. Tout ce qui les concerne est réel, en ce sens que la loi territoriale doit intervenir pour reconnaître leur existence et pour déterminer leurs droits. Voilà pourquoi les traités stipulent que les sociétés étrangères ne peuvent exercer leurs droits en Belgique, ni y ester en jugement qu'en se conformant aux lois belges.

159. La jurisprudence française a fait l'application de ces principes aux actions judiciaires. D'après le code Napoléon (article 16), l'étranger demandeur est tenu de donner caution pour le payement des frais et dommages-intérêts résultant du procès. Il a été jugé que le traité

anglo-français, qui reconnaît l'existence juridique en France des sociétés anglaises, ne déroge pas aux lois françaises qui règlent l'exercice des droits et notamment du droit d'ester en jugement; le texte même de la convention le prouve, puisqu'il soumet les sociétés étrangères à l'obligation de se conformer aux lois de l'Etat où l'action est poursuivie. Quel est l'unique but des conventions internationales relatives aux sociétés commerciales? La cour de Paris répond : « Des termes et de l'esprit de la convention il résulte que chaque partie a seulement entendu admettre et reconnaître chez elle la personnalité juridique de corps moraux constitués chez l'autre et qui n'ont d'existence que par une fiction de droit. » Les sociétés commerciales, alors même qu'elles seraient considérées comme des personnes juridiques par la loi du pays où elles se sont formées, n'ont pas d'existence légale hors de ce pays, et partant elles ne sont pas admises, à l'étranger, à contracter ni à ester en justice. C'est à ce principe que le traité déroge; il reconnaît la personnalité juridique des compagnies anglaises constituées en Angleterre et y ayant une existence légale. Reconnues en France, elles peuvent y agir et plaider, mais, naturellement, en se conformant aux lois françaises, comme le dit le traité anglo-français (1).

La cour de cassation s'est prononcée dans le même sens. Elle pose en principe que le traité entre la France et la Grande-Bretagne, du 17 mai 1862, se borne à reconnaître l'*existence* comme *personnes morales*, des *sociétés de commerce constituées* et *autorisées suivant les lois particulières* de l'un des deux pays, et à concéder à ces sociétés la faculté d'exercer tous leurs droits et d'ester en justice en se conformant aux lois du pays où elles veulent agir ou plaider; donc, quand elles plaident, elles doivent se soumettre, en France, aux lois qui règlent la compétence. Or, en France, on admet que les tribunaux français sont incompétents pour connaître entre étrangers, même en matière commerciale, des contestations

(1) Paris, 27 juillet, 1875 (Dalloz, 1877, 2, 117).

relatives à des engagements qui ont été contractés et qui doivent recevoir leur exécution en pays étranger. Si en pareil cas, dit la cour suprême, ils peuvent juger les différends qui leur sont soumis par les parties, lorsque leur juridiction n'est pas déclinée, ils conservent la faculté de se déclarer d'office incompétents, à moins qu'une loi ou un traité spécial ne leur attribue la connaissance du litige. La cour en conclut que le premier juge avait pu se déclarer d'office incompétent pour juger une contestation entre deux compagnies anglaises ; le traité de 1862 n'ayant modifié en rien les règles de compétence en ce qui concerne les sociétés étrangères (1).

La jurisprudence française confirme l'interprétation que je donne aux lois et aux traités qui concernent les sociétés étrangères ; les sociétés, d'après la jurisprudence des cours de Belgique, n'avaient aucune existence légale en pays étranger, alors même que, dans le pays où elles s'étaient formées, la loi leur avait reconnu une personnalité juridique ; de là une incapacité absolue d'agir et de plaider. Les lois et les traités ont eu pour objet de reconnaître en pays étranger les sociétés qui, là où elles se forment, ont une existence légale. Autre est la question de savoir si les sociétés sont obligées de se conformer aux lois du pays où elles veulent contracter ou ester en justice. Les traités anglo-français et anglo-belge leur imposent cette obligation, et elle existe de droit indépendamment de toute convention internationale et de toute loi ; on ne concevrait pas même qu'une loi déclarât que les sociétés étrangères, quand elles agissent et plaident en Belgique, ne sont pas soumises à nos lois ; cela serait un non-sens. Donc, peu importe que les lois disent ou ne disent pas que les sociétés étrangères sont soumises à notre législation quand elles veulent exercer des droits en Belgique ; cela est de l'essence des personnes juridiques, êtres fictifs, qui ne peuvent avoir de droits qu'en vertu de la loi qui les reconnaît. Elles ne peuvent invoquer leur statut national ou personnel, puisqu'elles n'ont

(1) Rejet, chambre civile du 17 juillet 1877 (Dalloz, 1878, 1, 366).

point de statut ; elles sont donc nécessairement régies en tout par la loi territoriale. Le législateur aurait bien fait de le dire, ne fût-ce que pour donner de la certitude aux principes dans une matière où tout est incertain.

160. Les lois et les traités faits en France et en Belgique supposent que les sociétés étrangères ont une existence légale dans le pays où elles se sont formées; c'est donc la loi étrangère qui décidera si une autorisation leur est nécessaire. J'ai dit que la condition de l'autorisation est généralement abandonnée; elle est cependant maintenue en France pour les sociétés d'assurances sur la vie. Si les sociétés n'ont pas la personnalité juridique dans le pays où elles se constituent, elles ne sauraient l'avoir à l'étranger. Quelle sera, dans ce cas, leur situation ? Elles n'existeront pas comme telles ; elles ne pourront donc figurer à titre de personnes juridiques ni dans une convention, ni dans une instance judiciaire. Toutefois, la jurisprudence française admet qu'elles peuvent être traduites devant les tribunaux français, comme société de fait. Il y a des sociétés qui sont plus qu'inexistantes : ce sont les congrégations religieuses formées en violation de la loi qui les a supprimées; la jurisprudence qualifie cette violation de la loi et cette existence illégale de quasi-délit ; le tribunal de la Seine en avait conclu que ces corporations ne pouvaient ester en justice ni en demandant, ni en défendant. Cette décision a été cassée, et la doctrine, dit M. Dupin, énergiquement condamnée : « Attendu qu'une communauté religieuse non autorisée, si elle n'a pas d'existence légale, constitue cependant entre ceux qui l'ont formée une société de fait, nécessairement responsable à l'égard des tiers des engagements par elle pris, soit que ces engagements résultent de contrats ou de quasi-contrats, soit, à plus forte raison, s'ils dérivent de délits ou de quasi-délits; qu'autrement la communauté non autorisée, à raison même du vice de sa constitution, et parce qu'elle se serait soustraite, contrairement au vœu de la loi, à la surveillance du gouvernement, échapperait, dans sa personne collective et dans les individualités dont elle se compose, à toute action de la part des tiers, enga-

gés avec elle ou lésés par sa faute; qu'elle obtiendrait ainsi des immunités à bon droit refusées aux sociétés régulièrement organisées ou aux communautés religieuses reconnues et qui se sont soumises à la tutelle de l'Etat, qu'un privilége aussi exorbitant blesserait également l'ordre public, la morale et la loi (1). »

Toutes ces raisons, dit M. Dupin, s'appliquent aux sociétés commerciales qui, d'après la loi du pays où elles se sont formées, ont été irrégulièrement constituées, et, par conséquent, ne jouissent pas de l'incorporation. Elles constituent au moins des sociétés de fait responsables de leurs engagements à l'égard des tiers, non comme personnes civiles, mais comme individualités; et l'exécution de ces engagements pourra être poursuivie sur les biens qu'elles possèdent en France. La cour de Rennes s'était prononcée en sens contraire en décidant qu'une société inexistante ne pouvait légalement figurer dans une instance judiciaire. Sa décision a été cassée dans l'intérêt de la loi : « Quand même, dit la cour de cassation, la société défenderesse n'aurait pas d'existence légale en France, elle serait néanmoins responsable, comme association de fait, de ses engagements envers les Français avec lesquels elle aurait contracté, et, par suite, elle est nécessairement soumise, quant aux obligations résultant de ses engagements, à la juridiction des tribunaux français (2). »

Au premier abord, la jurisprudence de la cour de cassation paraît très illogique. Les sociétés étrangères qui, à raison de l'irrégularité de leur formation, n'ont pas d'existence légale en France comme personnes civiles ne peuvent pas y agir en cette qualité; si elles intentaient une action, on les déclarerait non recevables, puisque, pour agir en justice, il faut exister. Mais ne faut-il pas exister aussi pour défendre en justice? La cour de Paris, entraînée par la logique des idées, se prononça pour l'affirmative quelques jours avant que la cour suprême cassât

(1) Rejet de la chambre civile, 30 décembre 1857 (Dalloz, 1858. 1, 21).
(2) Cassation, 19 mai 1863, sur le réquisitoire de Dupin, dans l'intérêt de la loi (Dalloz, 1863, 1, 218).

l'arrêt de Rennes; sa décision fut aussi annulée (1). Je crois que la jurisprudence de la cour de cassation est fondée sur les vrais principes et que l'inconséquence qu'on lui reproche n'est qu'apparente. Si une compagnie étrangère, sans existence légale en France, y peut être assignée en exécution de ses engagements, ce n'est pas comme personne civile, car elle n'y existe pas à ce titre, c'est comme société de fait. Qu'est-ce à dire? Ce n'est pas la société qui est assignée et condamnée, ce sont ses gérants et administrateurs qui figurent dans les contrats; si la condamnation peut être exécutée sur les biens que la société possède en France, c'est parce que les tiers ont contracté en vue de ces garanties. Ici il y a une irrégularité, c'est que les biens, dans l'intention de ceux qui les ont acquis et qui voulaient agir comme personne civile, devaient appartenir à la société; la société n'existant pas comme personne, les biens ne sauraient être sa propriété : et ils n'appartiennent pas non plus aux associés, ni aux administrateurs, d'après la subtilité du droit; ils sont possédés de fait par une société de fait, et deviennent ainsi le gage de ses créanciers. C'est une situation très irrégulière et qui devrait être régularisée par la loi; il y a une lacune, sous ce rapport, dans notre législation, elle devra être comblée.

§ IV. *La mainmorte.*

N° 1. LA MAINMORTE RELIGIEUSE.

161. Les corporations religieuses jouent un grand rôle dans l'histoire des personnes juridiques. Cette histoire mériterait d'être écrite; je crois que si l'on savait ce que les corporations ont été, partout et en tout temps, on serait peu disposé à les maintenir ou à les rétablir. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans ces détails. Toutefois, comme notre droit procède de Rome, il n'est pas sans intérêt de constater que dès l'origine des corporations, la

(1) Paris, 15 mai 1863 (Dalloz, 1864, 2, 84). Cassé, 14 novembre 1864 (Dalloz, 1864, 1, 466).

religion s'y est mêlée; les premières personnes juridiques furent des corporations de prêtres, et c'est sur leur modèle que s'organisèrent les corporations civiles, qui conservèrent toujours un élément religieux. Dans la Rome païenne, comme dans la Rome catholique, la religion, premier mobile de l'incorporation, devint une source d'abus; la religion servait de prétexte pour l'ambition politique; la république finit par abolir toutes les corporations comme dangereuses (1); de même que la Révolution française fut obligée d'abolir les corporations catholiques. La religion est le plus grand des biens quand elle est ce qu'elle doit être, un lien entre l'homme et Dieu; elle devient un mal quand elle sert d'instrument à l'esprit de domination. Je ne sais si la religion romaine a jamais été autre chose, mais il est certain que dès le moyen âge, elle a été, dans les mains des prêtres, un moyen au lieu d'être un but, et ce moyen servait et sert encore à donner à l'Eglise la puissance souveraine dans l'ordre civil et politique. Cependant l'Eglise trouve des défenseurs dans le camp de la liberté; ils réclament pour elle le droit commun. Il est bon de leur rappeler quel usage l'Eglise a fait de sa liberté, à une époque où elle était toute-puissante.

162. La guerre entre la société laïque et l'Eglise est aujourd'hui flagrante dans tous les pays catholiques. Cette lutte acharnée date-t-elle des temps modernes, et a-t-elle pour cause l'irreligion, l'incrédulité, comme les papes le disent dans leurs éternelles lamentations? Il s'est trouvé un pape plus audacieux et plus franc; Boniface VIII, dans sa fameuse bulle de 1296, déclare que la haine des laïques contre les clercs a toujours existé (2). Et Bossuet dit que « nul homme de bonne foi ne peut nier que la haine contre le clergé et l'Eglise romaine n'ait été la cause visible du progrès étonnant de Luther et de Calvin. » Quelle est la cause de cette violente animosité? Comment les clercs,

(1) Je renvoie à une excellente dissertation de Dirksen, *Historische Bemerkungen über den Zustand der juristischen Personen, nach römischem Recht* (Dans les *Civilitische Handlungen*, t. II, p. 1-143).

(2) Pour les témoignagnes de ce que je dis, je renvoie à mon Etude sur *l'Eglise et l'Etat*, 2e édition, 1866, t. I, p. 288 et suiv.

qui, dans l'idéal catholique, devaient être les intermédiaires entre la terre et le ciel, les guides des laïques dans la voie du salut, les défenseurs des faibles et des opprimés, ont-ils excité cette opposition furieuse qui va croissant de siècle en siècle, jusqu'à ce qu'une grande partie de la chrétienté se sépare à jamais de Rome? A en croire le savant et pieux Fleury, la haine qui divisa les laïques et les clercs serait venue de l'extension démesurée de la juridiction ecclésiastique. A vrai dire, la juridiction au moyen âge était la souveraineté, c'est parce que l'Eglise prétendait dominer sur la société laïque, qu'elle usurpa également la juridiction, comme elle usurpait toute autorité. Cela est si vrai que, dès que l'Etat commença à se former, il se mit en opposition avec l'Eglise. On peut à peine dire que l'Etat existât sous le régime barbare; voici cependant ce que Grégoire de Tours raconte du roi des Franks, Chilpéric : « Le roi ne cessait d'injurier les prêtres; dans le secret de l'intimité, il ne médisait et ne se moquait de personne aussi volontiers que des évêques; il détestait l'Eglise par-dessus toute chose, et disait souvent : *La royauté est maintenant dans l'épiscopat.* » Voilà la haine des laïques contre les clercs, et sa cause. Le cri de Chilpéric : *L'Eglise absorbe notre fisc*, retentit dans tout le moyen âge. Les barons voulaient être rois dans leur baronnie, et l'Eglise leur enlevait leurs biens par la captation religieuse et les dépouillait de leur puissance par son prétendu droit divin, droit divin aux dîmes, droit divin à l'immunité des clercs, droit divin à la juridiction sur les laïques. Dans la lutte entre Henri II et Thomas Becker, tout le baronnage d'Angleterre prit parti pour le roi. En 1281, l'archevêque de Cantorbéry se plaint que les barons ne cessaient de fouler aux pieds la liberté de l'Eglise. C'est que cette liberté était l'usurpation de la puissance souveraine; le baronnage avait le même intérêt que le roi à combattre l'ambition des clercs : c'était son devoir et sa mission. De là date aussi la législation sur la mainmorte (1).

(1) Voyez les témoignages dans mon Etude sur *l'Eglise et l'Etat*, t. Ier, p. 223-225.

163. Les barons étaient intéressés à prévenir l'accumulation des biens dans les mains de l'Eglise; ils perdaient, en effet, les droits féodaux ou censuels, les *lods et ventes* qu'ils avaient droit de percevoir à chaque mutation. Louis IX prit parti pour les seigneurs contre l'Eglise; il les autorisa à saisir tout fief relevant d'eux qui serait donné à un monastère et à en conserver la propriété, si ce fief n'était pas retiré dans l'an et jour des mains de l'Eglise. Dès lors les religieux furent obligés de traiter avec les barons et de leur payer un droit que l'on appelait *amortissement*, parce qu'il opérait l'extinction des droits féodaux sur les biens que l'on permettait à l'Eglise de posséder.

Les communes étaient plus intéressées que les seigneurs à mettre un terme aux acquisitions de l'Eglise. C'est au sein des villes que l'Etat commença à se constituer. Elles avaient à pourvoir à des besoins publics; il leur fallait des revenus : de là la nécessité de l'impôt. Or, dans leur sein se trouvait une classe de propriétaires, précisément les plus riches, qui se prétendaient exempts des charges publiques par droit divin. Il y avait pour les villes un intérêt d'existence à empêcher que ces propriétés non imposables s'étendissent : elles déclarèrent le clergé incapable d'acquérir. Les cités italiennes prirent l'initiative, non des cités gibelines, mais des cités guelfes, Florence en tête, ce qui prouve que c'était une mesure d'intérêt social. L'exemple fut suivi partout par les princes et les communes. Frédéric II défendit de vendre ou de donner des biens à des églises ou à des monastères qui se prétendaient exempts des charges publiques. A la fin du treizième siècle, le comte de Flandre généralisa cette défense en déclarant tous les établissements religieux incapables d'acquérir des immeubles. Le roi de Portugal porta un édit semblable Au quatorzième siècle, les villes libres d'Allemagne décrétèrent successivement que les clercs et les corporations religieuses ne pourraient plus acquérir d'immeubles; ceux qui leur étaient donnés devaient être revendus dans l'année. En Angleterre, le parlement fit, en 1279, un statut qui, au quinzième siècle, devint le

droit commun de l'Europe; il décréta que les établissements religieux ne pourraient acquérir, à quelque titre que ce fût, sans l'autorisation du roi : c'est le fameux statut de mortemain qui est encore en vigueur. L'Eglise réclama contre ces restrictions. N'était-ce pas compromettre le *salut des âmes* que de défendre aux testateurs de disposer de leurs biens, et apporter des entraves à des libéralités qui rachètent les péchés? Je dirai plus loin ce que signifie le *salut des âmes* pour l'Eglise. N'était-ce pas porter atteinte à la liberté des propriétaires que de leur défendre de disposer de leurs biens comme ils l'entendaient? Je dirai plus loin pourquoi l'Eglise tient tant à la liberté de tester. Ces protestations furent vaines.

164. Mais les lois aussi furent vaines; l'Eglise les éludait, c'est-à-dire qu'elle les violait par toute espèce de fraudes. Le législateur lui-même constate son impuissance en face de la fraude cléricale. On lit dans un de nos vieux chroniqueurs (1) : « La comtesse Marguerite, voyant que les acquêts des gens d'église en Flandre croissaient journellement, de sorte que, si l'on n'y voyait, *ils étaient taillés d'être en brief espace seigneurs de tout le pays,* fit, par le conseil des nobles et autres de son pays, défendre, par édit général et perpétuel, que nulle personne de religion, ni de la sainte Eglise, de quelque condition et qualité qu'elle fût, ne s'avançât de faire acquêt de terres, rentes et seigneuries gisant sous sa juridiction sans avoir préalablement d'elle ou de ses successeurs, comtes ou comtesses de Flandre, octroi ou congé. » La défense ne fut guère observée. Un prince célèbre, protecteur fanatique du catholicisme, fut obligé de publier un nouvel édit, dès son avénement au trône. Le 26 avril 1515, Charles-Quint, *cédant aux supplications du peuple,* défendit d'une façon absolue aux gens de mainmorte d'acquérir par donation ou acte de dernière volonté; il ne leur permit d'acquérir qu'à titre onéreux et avec permission du souverain. Les gens d'Eglise trouvèrent moyen

(1) J'emprunte ces citations à l'excellent ouvrage de M. Orts, *de l'Incapacité civile des congrégations religieuses*, p. 36-38.

de frauder l'édit de Charles-Quint, comme ils avaient violé les édits de ses prédécesseurs. « Il est notoire, écrit Wynants, que *les ecclésiastiques possèdent les deux tiers et plus du pays,* et qu'en peu de temps, s'il n'y est pourvu, ils vont s'emparer du tout. » Vers le milieu du dix-huitième siècle, on entend les mêmes plaintes : les *acquisitions* des gens de mainmorte, disait le conseil privé, *étaient sans nombre et sans fin,* ainsi que les *fraudes* qu'ils employaient pour *échapper aux prohibitions des ordonnances.* Une pieuse princesse, Marie-Thérèse, dit dans le préambule du placard de 1753 : « Quelque salutaires que soient ces ordonnances, *fondées sur le bien commun de la société, l'expérience* ne fait que trop voir qu'*on a trouvé des moyens de toute espèce pour en éluder l'application,* tellement que les gens de mainmorte ont su *continuer* de parvenir à la jouissance de *quantité de biens immeubles*... Nous connaissons toute la faveur que méritent les établissements qui n'ont pour objet que le service de Dieu, l'instruction des fidèles et le soulagement des pauvres; et nous employons toujours volontiers nos soins pour la conservation des *possessions légitimes* de ceux qui ont été formés par les motifs de l'utilité publique et *conformément aux lois.* Mais en accordant notre protection royale au maintien de ces possessions, l'*intérêt* et la *voix commune* de nos *fidèles sujets* nous invitent à veiller aussi à la *conservation des familles* et à empêcher que, par des *acquisitions contraires aux lois,* une *grande partie des fonds* ou autres biens immeubles ne soit soustraite au commerce. »

Le placard du 15 septembre 1753 porte, article 1er : « Nous voulons que toutes les ordonnances, défenses et prohibitions des princes, nos prédécesseurs, nommément l'édit de l'empereur Charles-Quint du 19 octobre 1520, soient ponctuellement observés. » Cette multiplicité de lois, sans cesse violées et sans cesse renouvelées est un acte d'accusation contre l'Eglise : on voit que la fraude est aussi vieille que les congrégations religieuses. C'est un fait grave, je ne connais pas de crime plus grand que la violation systématique des lois. Marie-Thérèse s'ingé-

nie à frapper la fraude qui avait éludé les édits. Quantité de biens, dit l'article 7, avaient été acquis au profit de gens de mainmorte, sous des noms empruntés et par des personnes interposées. L'édit veut que les prétendus acquéreurs en fassent la déclaration, à peine de confiscation de la valeur des biens recélés, et de punition arbitraire à charge de ceux qui ne seront pas en état de payer cette valeur. L'édit annule ensuite toutes les acquisitions que les gens de mainmorte tenteraient de faire à l'avenir, *par quelque moyen ou prétexte que ce puisse être,* toujours sous peine de confiscation. Mais comment atteindre des gens qui ont mille moyens de se cacher, et pour qui la fraude est un acte de piété? Marie-Thérèse fait appel à la dénonciation en allouant aux dénonciateurs le tiers des biens recélés pour leur récompense; et pour les mettre à l'abri de la vengeance des gens d'église, la reine promet de tenir leurs noms secrets. Ainsi, pour réprimer la fraude, le législateur était obligé de recourir à la délation qui répugne aux consciences délicates. Un moyen plus légitime était de menacer perpétuellement les gens de mainmorte de la revendication, en écartant toute prescription. De plus, le placard défend aux notaires de recevoir aucun acte d'acquisition au profit des mainmortes, sous peine de nullité et d'amende. Je passe d'autres mesures que le placard de 1753 prescrit pour empêcher la fraude et pour la punir quand elle se produit (1). L'expérience des siècles atteste que la fraude cléricale est plus ingénieuse que le législateur : c'est qu'elle a des complices dans la bêtise humaine. Voilà pourquoi l'Eglise cultive cette plante vénéneuse avec tant de soin et d'amour.

165. Je suis entré dans des détails sur l'ancien droit des provinces belgiques, parce que mes Etudes sont consacrées avant tout au droit belge. Du reste, ce qui se passait en Belgique se reproduisait dans tous les pays catholiques. Nous allons entendre un jurisconsulte français. « Il faut veiller, dit Bergier (2), à ce que les *per-*

(1) Le placard de Marie-Thérèse se trouve dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Mainmorte,* § V.
(2) Notes sur Ricard, t. Ier, p. 153.

sonnes fictives n'affament point la *société réelle* d'hommes et de *moyens de subsistance.* » L'auteur établit ensuite que les corporations religieuses acquérant toujours et ne vendant jamais, l'équilibre entre la mainmorte et la propriété privée devait se rompre : « On pouvait calculer le terme où l'excessive opulence de la mainmorte, attirant à soi tous les sucs nourriciers, aurait exténué les autres membres du corps politique de l'Etat. On crut apporter un remède au danger en exigeant pour toute acquisition nouvelle des lettres d'amortissement, qui ne devaient être accordées qu'en connaissance de cause. » Le remède se trouva insuffisant. Il fallait une barrière plus forte. Tel fut l'objet de l'édit de 1749, œuvre du chancelier d'Aguesseau. La paix venait de se faire; le roi crut de son devoir, pour maintenir le bon ordre dans son royaume, de remédier aux inconvénients de la multiplication des établissements de mainmorte, et de la facilité qu'ils trouvent à acquérir des fonds *naturellement destinés* à la *subsistance* et à la *conservation* des *familles*. Le roi se plaint que les fondateurs préfèrent l'intérêt des gens de mainmorte à celui de leurs proches. Cela n'est pas tout à fait exact; peut-être le chancelier n'osait-il pas dire toute la vérité. C'était l'égoïsme du salut qui aveuglait les testateurs, et l'Eglise nourrit l'égoïsme et l'aveuglement en faisant accroire à ceux qui ont beaucoup de biens et beaucoup de péchés, qu'un moyen infaillible de gagner le ciel était de donner leurs biens périssables à l'Eglise, vraie escroquerie morale, comme je le dirai plus loin. L'édit de 1749 prit des mesures pour arrêter l'accroissement des corporations religieuses. On ne songeait pas encore à les abolir; on voulait seulement les empêcher de dépouiller les familles. Le roi leur défendit d'acquérir à quelque titre que ce fût si ce n'est après avoir obtenu des lettres patentes, lettres qui devaient être enregistrées en grande connaissance de cause, sur les conclusions des procureurs généraux, et après avoir entendu toutes parties intéressées (1).

(1) L'édit de 1749 se trouve dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Mainmorte*, § 1 (t. XIX, p. 43 et suiv. de l'édition de Bruxelles).

Les gens d'église ne se soucièrent pas plus des lettres patentes que des lettres d'amortissement. Ils disposent d'une puissance plus grande que la toute-puissance du législateur : je l'ai appelée la bêtise humaine et l'aveuglement des consciences. La révolution sembla détruire le mal dans sa racine en détruisant les corporations religieuses. Elle compta sans la fraude, et elle ne fit rien pour éclairer et moraliser les populations ; celles-ci restèrent serves de l'Eglise et partant, un instrument docile dans ses mains. Ainsi s'explique ce fait prodigieux que l'Église a conservé une grande partie de ses richesses à travers la tourmente révolutionnaire, et elle possède encore aujourd'hui des biens celés, dont personne ne peut calculer l'importance, bien que la voix publique désigne les détenteurs, complices de la fraude cléricale. L'œuvre de la fraude pieuse est gigantesque ; c'est celle-là que je dénonce aux hommes qui voudraient la liberté même pour l'Église et à qui cependant la morale est chère : conçoivent-ils qu'une société existe quand il se trouve dans son sein une Église qui domine sur les consciences, et qui, vivant de fraude, démoralise les populations et les aveugle pour éterniser sa domination ?

166. Même spectacle en Angleterre : la lutte, dit Blackstone, y fut permanente entre la fraude cléricale et l'autorité du parlement. Le célèbre légiste dit que le parlement sortit vainqueur de ce duel séculaire. Pour mieux dire, c'est grâce à la révolution religieuse du seizième siècle que la victoire resta à l'Etat. Les corporations monastiques furent supprimées, mais l'Etat laissa au clergé séculier ses immenses richesses ; elles sont devenues le patrimoine de l'aristocratie, qui concentrant ses biens sur l'aîné des fils afin de maintenir la splendeur des familles puissantes, place les puînés dans l'Eglise. C'est un abus qui a remplacé l'autre. Toujours est-il que les Anglais se sont débarrassés de la vermine monastique : le mot est laid, quoiqu'il soit de Dumoulin, le plus grand de nos jurisconsultes, mais la chose est plus laide encore, une vraie lèpre morale. C'est la raison pour laquelle les lé-

gistes anglais sont moins violents dans leur langage, quand ils dévoilent les fraudes des gens d'Eglise. Que dis-je? ils admirent leur finesse (1). Lord Coke remarque que les corporations avaient toujours à leur service les hommes les plus savants et les plus experts : de prudents notaires, et des jurisconsultes déliés qui vendent leur science, fût-ce au profit de la fraude. On a aussi vu de nos jours le barreau applaudir à la ruse et à la subtilité que les gens d'église, ou leurs sages conseillers, mettent à éluder les lois, s'en emparer au besoin pour les violer à leur aise (2). J'avoue que je préférerais la colère de l'indignation contre les fraudeurs tonsurés et leurs complices. L'Angleterre a cependant maintenu le statut de mortemain. Le danger n'est plus, comme jadis, dans les corporations monastiques, au moins là où domine le protestantisme; cela explique la liberté que le parlement accorde aux corporations qui se forment dans un but littéraire, scientifique, ou religieux. Quoi que fasse l'Eglise de Rome, elle ne parviendra pas à catholiciser la race anglo-saxonne; la fraude est donc moins dangereuse en Angleterre et aux Etats-Unis. Mais il y a un autre danger, c'est que les biens destinés à l'entretien, au perfectionnement des individus ne soient absorbés par des personnes fictives. De là une espèce de tiraillement dans les actes du pouvoir législatif concernant l'incorporation; on l'accorde assez facilement en se relâchant de la rigueur du statut de mortemain; et d'autre part, on est obligé de prendre des mesures pour empêcher l'abus des legs charitables faits par des mourants qui dépouillent leurs héritiers sans se priver eux-mêmes de la jouissance de leurs biens pendant leur vie. Cela prouve que l'égoïsme du salut, ou la vanité des fondateurs ont laissé des traces en Angleterre comme dans tous les pays qui ont été catholiques. Le danger est mille fois plus grand là où le catholicisme domine toujours sur les masses incultes, et malheureusement l'éducation que les classes élevées donnent à leurs enfants les

(1) *Clerical ingenuity*, dit Blackstone. Voyez *Sthephen's Commentaries on the law of Englang*, t. Ier, p. 455 et suiv.

(2) Voy. mes *Principes de droit civil*, t. XI, p. 230, no 173.

livre à la merci de l'exploitation cléricale : nos grands propriétaires sont plus ignorants et plus incultes que leurs fermiers!

167. L'histoire de la mainmorte au point de vue économique se résume en deux mots : les familles dépouillées et une grande partie du sol mis hors du commerce. On chercha dans tous les Etats à remédier au mal par des défenses et des prohibitions; les lois furent impuissantes sauf dans les pays où la réforme prit la place de l'Eglise catholique. Là où le catholicisme aveugle les intelligences, et vicie le sens moral, il n'y avait qu'un moyen d'empêcher le mal qu'engendrait la mainmorte, c'est la suppression des corporations. La loi du 18 août 1792 prononça leur arrêt de mort; elle porte, article I[er] : « Toutes les corporations religieuses et congrégations séculières d'hommes et de femmes, ecclésiastiques ou laïques, même celles uniquement vouées au service des hôpitaux et au soulagement des malades, sont éteintes et supprimées. » Les corporations religieuses, habituées à éluder les lois, cherchèrent aussi à éluder celle qui leur donnait la mort. Il fallut donc dissoudre non seulement les corporations, mais même les associations libres qui, à l'ombre de la liberté, reconstituaient l'ancien ordre de choses. C'est ce que fit le décret du 3 messidor an XII : « Aucune *agrégation* ou *association* d'hommes ou de femmes, dit l'article 4, ne pourra se former à l'avenir, *sous prétexte de religion*, à moins qu'elle n'ait été formellement autorisée par un décret impérial, sur le vu de statuts et règlements sur lesquels on se proposerait de vivre dans cette *agrégation* ou *association*. » On a prétendu, dans l'intérêt de l'Eglise, que ce décret avait pour objet de reconstituer les corporations avec l'autorisation de l'empereur. Il n'en est rien : Le but était, au contraire, d'empêcher que les lois qui avaient aboli les corporations religieuses ne fussent éludées. Le seul moyen était de prohiber même les associations libres. On ne faisait exception que pour certaines communautés charitables qui pouvaient être autorisées comme associations par décret impérial. C'est l'interprétation que la cour de cassation de Belgique

a donnée au décret de messidor (1), et elle n'est pas douteuse.

168. La suppression des corporations religieuses par les lois de la révolution a-t-elle été un acte de violence, inspiré par les passions antireligieuses du dix-huitième siècle? Ce n'est pas ici le lieu de discuter la légalité des lois révolutionnaires : elle ne saurait être contestée. L'ordre des Jésuites avait été supprimé, dans tous les États catholiques, par les édits des princes. Ce que les rois avaient fait, la nation souveraine avait certes le droit de le faire. On réclame aujourd'hui pour les religieux le droit de s'associer, et même de s'incorporer au nom de la liberté. C'est à ces nouveaux défenseurs des corporations que je m'adresse. Le décret de messidor n'est pas l'œuvre d'un révolutionnaire; il a été porté par Napoléon, et l'empereur venait de relever le catholicisme : les évêques le célébraient à l'envi comme un nouveau Constantin. Il n'était pas un ennemi de la religion, et il avait pour ministre des cultes, un homme dont les sentiments sincèrement catholiques ne sont contestés par personne. Nous allons entendre Portalis justifier l'abolition des corporations religieuses au nom de la religion :

« Les ordres monastiques, dit-il, ne sont point de droit divin, ils ne sont que d'institution ecclésiastique; il n'est pas nécessaire à la religion que ces ordres existent. Conséquemment les établissements religieux sont de la nature de ceux que le souverain peut permettre ou refuser, sans blesser ce qui est de nécessité de salut... Pendant les premiers siècles de l'Église, il n'y avait point de profession monastique .. Le concile de Latran de 1215 défendit d'inventer de nouvelles religions, c'est-à-dire de nouveaux ordres ou congrégations. Cette défense, dit le judicieux abbé de Fleury, était fort sage, et conforme à l'esprit de la plus pure antiquité. Mais le décret a été si mal observé, qu'il s'est établi, depuis, beaucoup plus d'ordres que dans les siècles précédents... De ces divers établissements est provenue une multitude de communautés, distinguées par

(1) Arrêt du 11 mars 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 1, 7).

l'habit, divisées d'intérêt, de principe et de parti. *L'Etat a été surchargé de mendiants, de gens oisifs oubliant leur première institution*... Un acte de dévotion a fait établir de nouvelles maisons, et à force d'*œuvres pies*, *les Etats se ruinent et se dépeuplent sensiblement*... En 1773, il parut un édit qui ordonna quelques réformes. *Il n'était plus temps de donner un nouvel être à des institutions qui n'étaient plus adaptées à l'esprit du siècle*... L'Assemblée Constituante a proscrit les ordres religieux : *il valait mieux les détruire que de continuer à les avilir* (1). »

Voilà le jugement d'un catholique sur la suppression des corporations religieuses. Portalis les croyait définitivement éteintes, moins par le fait du législateur, que par l'indifférence, le dédain et le dégoût qu'elles inspiraient. Il ne tenait pas compte de l'ignorance, de l'aveuglement et du fanatisme que les ordres monastiques et l'Église elle-même avaient répandus parmi les populations. Les ordres monastiques se sont reconstitués ; il y a plus de couvents, en Belgique, qu'il n'y en avait sous l'ancien régime. Les corporations sont restées ce qu'elles étaient, les dangers et les abus sont les mêmes, il y a la fraude en plus, comme je le dirai plus loin. C'est dans cet état de choses que les partisans de la liberté demandent que l'on permette aux moines de s'associer librement et même de s'incorporer. Portalis a combattu les corporations religieuses, au nom de la religion catholique : je les attaque au nom de la religion éternelle et au nom de la libre pensée ; loin d'être inalliables, comme le prétendent les hommes du passé et les incrédules de toute espèce, la foi et la raison doivent se donner la main, et s'unir dans l'œuvre commune de notre perfectionnement. Elles viennent l'une et l'autre de Dieu, elles ne sauraient donc être ennemies ; si on les a considérées comme telles, c'est que les uns nient la foi au nom de la raison, et les autres veulent subordonner la raison à la foi, ce qui aboutit à nier la raison. Dans ma conviction, et telle est la

(1) Portalis, rapport sur les articles organiques (*Discours et rapports*, p. 224 et suiv.)

plus chère de mes croyances, la morale et la religion s'identifient, et la morale n'a de force qu'en s'appuyant sur la religion, ce qui implique une foi qui se concilie avec la raison. Que mes lecteurs veuillent bien me suivre dans les développements où je suis obligé d'entrer : la question de droit que je discute est inséparable de la question religieuse.

169. Au dernier siècle, l'ordre des Jésuites fut supprimé dans tous les Etats catholiques. En France, les parlements déclarèrent, par des arrêts rendus en 1762 et en 1763, qu'il y avait *abus* dans l'institut de la société de Jésus. L'*abus* consistait dans la doctrine des jésuites, que les parlements dénoncèrent comme étant contraire à la liberté naturelle, à la religion, à la paix de l'Eglise et à la sûreté des Etats (1). Je généralise l'accusation, et je dis qu'il y a *abus* dans toutes les congrégations religieuses et dans l'Eglise elle-même, telle que le catholicisme ultramontain la conçoit et prétend l'imposer à l'humanité. Par *abus* j'entends, comme les parlements, la doctrine; je laisse de côté les abus proprement dits, les familles dépouillées, la cupidité cléricale, la corruption, fruit des richesses excessives de l'Église. Je m'en tiens à l'idéal; c'est l'idéal, fût-il réalisable et réalisé, que je déclare faux et funeste : c'est là l'abus que je dénonce.

L'idée de l'Église catholique est un *abus* dans son essence. Elle se prétend appelée par Dieu même à guider les hommes dans la voie qui conduit à la vie éternelle : hors d'elle point de salut. Cette doctrine conduit à la souveraineté de l'Église; dans l'ordre spirituel, ce qui n'a jamais fait de doute; et dans l'ordre temporel, les papes les plus illustres ont proclamé qu'ils étaient les vicaires de Celui qui avait empire sur les nations comme sur les individus. C'est plus que la puissance souveraine, telle que les laïques la comprennent. Nos constitutions déclarent les nations souveraines, mais leur souveraineté se concilie avec celle des individus, également souverains dans leur

(1) Voyez les détails dans Fleury, *Institution au droit ecclésiastique*, t. I[er], ch. 22, p. 229, note 2.

sphère; pour mieux dire la liberté, dans son sens le plus large, est le but, et la puissance souveraine n'a d'autre objet que d'élever les hommes à la liberté, et de les aider dans l'œuvre de leur perfectionnement. La domination de l'Eglise s'étend jusque dans le for intérieur de la conscience, et c'est pour assurer l'empire qu'elle prétend exercer sur les âmes, qu'elle réclame le pouvoir de commander même aux princes qui, dans sa pensée, ne doivent être que le bras armé de l'Eglise. Cette puissance absolue, elle l'exerce au nom de Dieu. Supposez cet idéal réalisé, dit Lamennais, et dites si le mot de liberté aura encore un sens dans le langage des hommes. La domination de l'Eglise serait la servitude de l'Etat, la servitude de l'individu, un esclavage tel, que la tyrannie n'a jamais osé le rêver : la pensée même esclave. Voilà l'*abus* que je dénonce.

L'Eglise veut la domination universelle; tout est subordonné à ce but, à commencer par la religion; voilà pourquoi la religion dépérit dans son sein, elle n'est plus qu'un moyen, un instrument. Si l'Eglise a fait de Jésus-Christ le Fils de Dieu, coéternel au Père, c'est que, fondée par Dieu, son autorité est inébranlable. Pour maintenir une croyance qui heurte la raison, elle vicie l'intelligence dès qu'elle commence à naître, en lui inoculant la superstition, en l'aveuglant de manière qu'elle n'aperçoive plus jamais la lumière de la vérité, pas plus que les aveugles ne voient la lumière du soleil. Telle est la raison pour laquelle de nos jours elle a engagé une lutte à mort contre l'Etat, afin de s'emparer des générations naissantes; c'est pour elle une condition d'être ou de n'être pas; car si elle ne parvient pas à façonner l'homme à sa guise dès son enfance, il lui échappe, et c'en est fait de son empire. Ici l'Eglise et les ordres monastiques de toute espèce se prêtent la main. C'est pour déformer l'intelligence au lieu de la développer, que les jésuites ont été fondés; et à leur suite, tous les ordres sont devenus enseignants, même les congrégations charitables, pour lesquelles la charité n'est qu'un instrument mis au service de l'Eglise.

170. Qu'est-ce que le monachisme? Quel est son idéal?

Au moyen âge, on comparait les moines à des anges. A quel titre? Ils avaient l'ambition de réaliser la perfection telle que l'Evangile la conçoit : une existence purement spirituelle, comme on se représente celle des anges : plus de mélange impur des corps, la virginité prend la place du mariage : plus de propriété individuelle, la communauté des biens est une image de la communauté des âmes : plus même de volonté individuelle, le moine, mort au monde, n'est plus qu'un bâton, disait saint François, mieux encore, un cadavre, disait saint Ignace. Voilà l'idéal. Il est radicalement faux. Est-il nécessaire de le démontrer? L'homme n'est pas un être purement spirituel, donc son existence ne saurait ressembler à celle des êtres imaginaires que l'on appelle des anges. L'homme est un être sociable, il n'est pas appelé à mourir au monde, mais à y vivre. L'homme a pour mission de devenir parfait, « comme son Père dans les cieux » : tel est le vrai idéal de l'Evangile; pour l'atteindre, l'homme doit jouir de la plus entière liberté dans le développement des facultés dont Dieu l'a doué. Cet idéal, qui découle de la nature même de l'homme est en tout le contre-pied de l'idéal catholique. A vrai dire l'idéal catholique, s'il a jamais été une pensée sérieuse, est depuis longtemps un instrument de la domination de l'Eglise, le plus puissant et le plus dangereux.

L'Eglise se compose de clercs et de laïques : les premiers, organes de Dieu pour guider les autres dans la voie du salut. Quel est le fondement de l'autorité qu'ils exercent? Ils sont les hommes de l'esprit, tandis que les laïques sont les hommes du corps : et l'âme n'a-t-elle pas empire sur la matière? C'est le fondement indestructible de la domination revendiquée par l'Eglise. Les idées gouvernent le monde. Tant que les *clercs* seront le *partage* du Seigneur, tant qu'ils vivront, ne fût-ce qu'en apparence, d'une vie spirituelle, image de l'existence angélique, ils domineront sur les laïques, comme les pasteurs sur le troupeau; et l'Eglise dominera sur les nations et les rois. Il fallait encore des titres à l'Eglise pour y appuyer son autorité divine. Elle les a trouvés dans l'Ecriture réputée révélée, mais pour l'y trouver, elle a dû en altérer le

sens; elle est allée plus loin, elle a forgé des textes, ou elle les a falsifiés. On s'étonne que les corporations religieuses vivent aujourd'hui de fraude, et que les plus saints personnages ne se font aucun scrupule de ces pieux mensonges. Ceux qui s'en étonnent ne connaissent pas l'histoire de l'Eglise, elle vit de fraude et de faux depuis qu'elle existe. Il ne sera pas inutile de le rappeler à ceux qui paraissent l'avoir oublié.

171. La doctrine catholique suppose que l'Eglise a été instituée par Jésus-Christ et que le Christ est Dieu. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans le débat théologique de la divinité du Christ : il me suffit de constater que le protestantisme libéral a déserté cette croyance, et à sa suite l'idée de l'Eglise catholique, et que la raison repousse ce dogme, parce qu'il lui est impossible de comprendre que l'infini et le fini, le Créateur et la créature s'unissent dans une seule et même personne. La science historique nie que Jésus-Christ se soit proclamé Fils de Dieu, dans le sens de la doctrine de Nicée; elle nie que les apôtres aient prêché la divinité de leur maître, elle prouve que ce dogme s'est formé successivement sous l'influence de conceptions philosophiques et de superstitions populaires. Il ne saurait donc être question d'une Eglise fondée par Dieu. C'est une prétention qui a contre elle les témoignages mêmes que l'on invoque pour l'appuyer. Les Evangiles attestent que Jésus-Christ était imbu de la croyance que la fin du monde approchait et qu'après la consommation des choses, le royaume des cieux s'ouvrirait. Celui qui est convaincu que la terre et tous les établissements humains seront anéantis peut-il songer à fonder une Eglise? Pour guider dans la voie du salut une humanité qui n'a plus qu'un jour à vivre?

L'idée de l'Eglise catholique suppose encore que les apôtres saint Pierre et saint Paul ont fondé la papauté. Ici l'altération de l'histoire touche à la falsification. Les premiers disciples du Christ restèrent Juifs comme leur maître; ils ne connaissaient d'autre Eglise que le Temple. Les apôtres étaient convaincus, plus peut-être que leur maître, que la fin des choses était instante. Dire qu'ils

ont fondé une Eglise qui, de droit divin, domine sur les fidèles et sur l'autorité temporelle, c'est de la folie. La science historique a donné le coup de grâce à ces inventions de la domination romaine en prouvant que saint Pierre n'a jamais été à Rome (1). Ainsi s'écroulent tous les fondements de l'idée catholique de l'Eglise; il ne reste qu'une vaine imagination, appuyée sur des faits altérés et sur des documents fabriqués.

L'Eglise rapporte son origine et ses droits à Dieu, et il se trouve que ses prétentions reposent sur des titres faux et falsifiés. C'est la punition de l'ambition romaine. Le droit divin lui-même est une imposture; il ne peut donc s'appuyer que sur le mensonge. Pour avoir voulu une puissance plus qu'humaine, l'Eglise a été poussée fatalement au crime : ne pouvant avoir de vrais titres pour prouver une prétention imaginaire, elle a dû s'en forger; voilà comment il est arrivé qu'elle est devenue comme un atelier de faux. Ses miracles sont des faux, ses légendes sont des faux. Elle a falsifié les écrits des saints Pères; puis elle a fabriqué ces faux gigantesques que l'on appelle la donation de Constantin et les fausses décrétales, l'une pour y appuyer la puissance temporelle de l'Eglise, les autres pour y fonder la puissance spirituelle (2). L'histoire altérée et des actes fabriqués, voilà les titres de Rome au droit divin qu'elle réclame!

172. Je reviens à la mainmorte, dont je ne me suis écarté qu'en apparence. Comment se fait-il que l'Eglise, après la philosophie du dix-huitième siècle, après la révolution française, s'est relevée et a osé entamer contre une société rationaliste une lutte où elle a contre elle l'histoire, la raison et les tendances irrésistibles de l'humanité moderne? C'est qu'elle a altéré l'histoire, et elle aveugle la raison en inoculant ses superstitions aux générations naissantes, à un âge où l'intelligence commence à peine à se développer et où la conscience est encore muette. C'est ainsi qu'elle parvient, en dépit des lois, à

(1) Voyez mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat*, t. Ier, p. 42-45.
(2) Voyez, sur les *fausses décrétales*, et sur la *donation de Constantin*, mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat*, t. Ier, p. 162 et 166.

ressusciter ses corporations, qui, de leur côté, l'aident à consolider son empire sur la bêtise humaine. Je viens de citer les faux gigantesques qu'elle a fabriqués dans des siècles de ténèbres; il y a quelque chose de plus gigantesque encore, c'est l'empire que l'Eglise exerce sur l'ignorance. Puisque, au nom de la liberté, on veut lui permettre de s'incorporer, et que l'on invoque la religion pour donner aux moines une existence assurée qui leur laisse le loisir de prier Dieu à leur guise, il est bon de constater les faits ou de les rappeler aux hommes du dix-neuvième siècle qui paraissent les ignorer. J'ai cité quelques faux religieux; je vais citer quelques traits qu'on peut hardiment qualifier d'escroquerie religieuse.

A entendre les défenseurs de l'Eglise, les biens dont on l'a dépouillée étaient les dons de la charité, destinés à la charité. Mais il y a des donations qui sont viciées par la captation, et telles sont les libéralités que les moines arrachent aux mourants. Assistons à un de ces actes : ce sont les clercs qui les rédigeaient; ils ne renieront pas les sentiments qui y sont exprimés. Les religieux commençaient par jeter la terreur dans l'âme des pécheurs en les menaçant des feux éternels de l'enfer; ils ne leur laissaient qu'une espérance, c'était de racheter leurs fautes avant de mourir. Torturés par la crainte, les malheureux demandaient avec anxiété quel était le meilleur moyen d'apaiser la colère de Dieu. Les moines ne manquaient pas de répondre que l'aumône lavait les péchés, et que les libéralités les plus méritoires étaient celles qui se faisaient au profit de leur monastère. Ils faisaient les promesses les plus extravagantes aux pénitents pour leur arracher une donation. Un homme riche s'était rendu coupable d'un grand forfait; il l'expia en faisant des libéralités à l'église; les clercs lui promirent qu'avec leurs prières, leurs jeûnes et leurs aumônes, ils laveraient entièrement ses crimes, quand même il vivrait encore trois cents ans (1). Voilà le charlatanisme religieux acté par

(1) Voyez les témoignages dans mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat*, t. Ier, p. 208 et suiv.

les coupables. Qu'étaient-ce que les *dons de la charité?* Un marché, par lequel le donateur se lavait de ses péchés, quelque énormes qu'ils fussent, en donnant ses biens à l'Eglise, laquelle lui promettait le salut éternel pour les biens périssables dont il se privait, pour mieux dire, dont il dépouillait ses héritiers. La donation était une vente, les moines vendaient une chose imaginaire, le Ciel, dont ils n'avaient certes pas la disposition, l'acheteur était dupe. Les vendeurs étaient-ils de bonne foi? Demandez la réponse aux bateleurs de nos foires.

Les jésuites auraient droit de se plaindre si on ne leur accordait un souvenir dans l'histoire du charlatanisme religieux. La chrétienté s'était insurgée au seizième siècle contre une Eglise qui faisait argent de tout, témoin le scandale des indulgences qui souleva la colère de Luther. Les jésuites se firent donner par le pape un brevet d'*ordre mendiant;* les révérends pères affectaient une telle horreur pour la propriété qu'ils ne voulaient pas même d'une propriété commune. C'était le spiritualisme chrétien dans sa perfection. Mais il est avec l'Evangile des accommodements. Les *maisons professes* ne possèdent pas; mais les *colléges* donnant l'enseignement gratuit devaient naturellement posséder; or, sur *cent colléges*, il y avait tout au plus *sept maisons professes.* On voit que les *possédants* étaient assez nombreux pour venir en aide aux *mendiants.* Les colléges enseignaient gratuitement, cependant on voyait les révérends pères s'enrichir à vue d'œil. « Les jésuites, dit un légiste, se réservent de prendre en gros d'assez peu de personnes cent fois plus que ne vaut le menu détail dont ils soulagent le simple populaire, pour attirer la multitude. » Ecoutons le père Jouvency; il nous dira de combien de grâces spirituelles sa Compagnie comble les fondateurs de colléges : « *Trente mille messes; vingt mille rosaires* sont priés pour eux, de *leur vivant;* on en fait autant après *leur mort.* » Le père Jouvency ajoute que si une personne fonde *deux* colléges, la Compagnie *quadruple* ses faveurs : elle dit *cent vingt mille messes* et prie *quatre-vingt mille rosaires.* Ce n'est pas tout : les donateurs ont encore une part dans les *quatre*

cent quatre-vingt mille messes que l'ordre célèbre chaque année pour saint Loyola. On voit que la quantité avait de quoi séduire ceux qui, ayant beaucoup d'argent, avaient aussi beaucoup de péchés à se faire pardonner. Et la qualité donc! Ribadeneira explique fort bien que les prières d'un jésuite sont plus efficaces que celles du vulgaire des *fidèles;* il n'osait pas dire des *moines* (1).

173. L'Eglise, disent ses défenseurs, ne saurait être trop riche, car son patrimoine est celui des pauvres, et Jésus-Christ a dit qu'il y aurait toujours des pauvres à soulager. Est-il vrai que les richesses acquises par la ruse, la fraude et le faux servaient à la charité? Les richesses de l'Eglise étaient fabuleuses. En 1787, les biens du clergé s'élevaient, dans une seule de nos provinces, le Brabant, à trois cents millions. Pour toute la Belgique, le patrimoine, dit des pauvres, montait au chiffre énorme de quatre milliards deux cent soixante-sept millions (2). Il en était de même dans toute la chrétienté. Lord Hardwicke dit que, sous le régime catholique, l'Eglise possédait à peu près la moitié du territoire de l'Angleterre, et il s'étonne qu'elle ne fût pas propriétaire de tout le sol (3). Il y avait de quoi tarir la misère! Je vais citer quelques témoignages; on pourrait en remplir un volume qui serait très intéressant : ce serait la charité de l'Eglise photographiée.

Saint Bernard dit à toute occasion que les dignités ecclésiastiques n'étaient recherchées qu'en vue des richesses qu'elles procuraient; qu'on se disputait les évêchés pour en dépenser les revenus en vanités et en superfluités. L'abbé de Clairvaux s'élève avec une juste indignation contre les ministres de l'Eglise qui retenaient pour eux des biens qu'ils auraient dû distribuer aux pauvres : « Dites-moi, pontifes, que fait l'*or* dans le *frein* de vos *chevaux?* En vain me tairais-je, la voix des pauvres crie

(1) Voyez les témoignages dans mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat*, t. Ier, p. 505 et suiv.

(2) Orts, *De l'Incapacité civile des congrégations religieuses*, p. 41 et suiv.

(3) Kent, *Commentaries on american law*, t. IV, p. 553.

contre vous. Ceux qui sont *nus* crient; ceux qui *ont faim* crient : Dites-nous, pontifes, que fait l'*or* dans le *frein* de vos *chevaux?* Est-ce que l'*or* de vos *freins* nous empêche de *mourir* de *faim* et de *froid?* (1) ».

Le mal alla croissant. Ecoutons Clemangis : « Les évêques mettent à peine les pieds dans leur église; ils passent la journée à la chasse, dans les festins et les jeux, et la nuit dans les bras des filles. Les chanoines ne songent qu'à leur ventre, et placent le bonheur de la vie dans la volupté, comme les porcs d'Epicure. Que dire des prêtres? Tous ceux qui ont peur du travail prennent la tonsure et passent ensuite leur vie dans l'orgie et la crapule. » Le patrimoine des pauvres servait à nourrir le luxe et la débauche des clercs. Ces accusations retentirent au sein du concile de Constance, en face des coupables : « Le patrimoine du Christ est dépensé en jeux et en festins. On aime mieux le jeter aux histrions et aux courtisanes, aux oiseaux de proie et aux chiens, que de le distribuer aux pauvres du Christ (2). »

Il y a toute une législation sur les concubines et les enfants des clercs; elle avait pour but d'empêcher que les biens des pauvres ne servissent à nourrir les fruits d'unions adultérines. Un abbé italien dota sept filles et trois fils des biens de son monastère; il en donna à tous ses autres parents. Les moines, imitant son exemple, vivaient hors du couvent avec leurs concubines, en volant tout ce qu'ils pouvaient des biens de l'abbaye. A Paris, il fallut que le parlement intervînt et menaçât les abbés et prieurs de la saisie de leur temporel pour les forcer à contribuer pour l'entretien des indigents; des arrêts répétés constatent que l'on recourait au ministère des huissiers pour sommer les religieux d'abandonner une bien faible partie de leur superflu aux pauvres et aux malades (3).

174. On dira que les abus sont toujours une excep-

(1) S. Bernard. *Epist.*, 42.

(2) Voyez les témoignages dans mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat*, t. I[er], p. 217.

(3) Voyez les témoignages dans mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat*, t. I[er], p. 218 et 512.

tion et ne témoignent, par conséquent, pas contre l'Eglise; qu'il n'en est pas moins vrai que l'Eglise était une grande institution de charité. Je réponds que, de même que la religion devint un mal dans les mains de l'Eglise, de même la charité catholique, alors qu'on la pratiquait, était un mal dans son essence. Etait-ce bien les pauvres que la charité catholique voulait secourir? En voyant ce qui se passe sous nos yeux, j'en doute : tout morceau de pain que l'on donne à un pauvre devient un instrument de domination pour l'Eglise, car on le donne à charge par les parents d'envoyer leurs enfants dans les écoles catholiques, pour qu'ils y soient dressés à la servitude religieuse. Ce qui est certain, c'est que les aumônes catholiques perpétuent la misère en créant des pauvres; la charité ainsi faite détruit l'énergie individuelle de l'homme, et elle devient une cause d'appauvrissement et de déchéance pour les nations. Voyez l'Espagne. L'Eglise oubliait que l'homme ne vit pas seulement de pain; elle ne songea jamais à distribuer le pain de l'intelligence aux populations indigentes; développer et fortifier la raison, c'eût été l'affranchir de la domination du clergé, et l'Eglise n'a jamais eu d'autre but que de dominer.

175. Quand on met les faits, tels que je viens de les constater, en regard des prétentions de l'Eglise, on est stupéfait et on pense involontairement aux augures de Rome. Ecoutons le pape Pie IX, qui a le mérite de dire ce qu'il pense; c'est un augure convaincu de sa puissance divine : « L'Eglise a été constituée par son divin fondateur en *vraie et parfaite société*, qui n'est circonscrite par les frontières d'aucun Etat, *soumise à aucun pouvoir civil*, et qui exerce son *pouvoir* et ses *droits* librement et pour le salut des hommes dans tous les lieux de la terre. En vérité, ces paroles, adressées par le Christ Notre Seigneur aux apôtres, n'ont pas d'autre signification : *Tout pouvoir m'a été donné au ciel et sur la terre* (1). » Mes lecteurs ne savent peut-être pas que, dans le langage théologique, on entend par une *société parfaite*, l'*Etat*

(1) Allocution de Pie IX, du 17 décembre 1860 (*Journal historique et littéraire*, t. XXVII, p. 472).

armé de sa *puissance souveraine*, *législative*, *judiciaire* et *exécutive*. C'est en ce sens que Pie IX parle du *pouvoir* de l'Eglise ; ce *pouvoir* s'exerce, comme celui du Christ, au *ciel* et sur la *terre*. C'est la toute-puissance divine dans les mains d'un homme. Il est difficile de pousser plus loin le délire de l'orgueil.

Quelles sont les conséquences de cette toute-puissance dans l'ordre civil et légal, au point de vue de la personnification de l'Eglise? Mgr Affre a répondu à la question : « L'Eglise est une *société divine* fondée par Jésus-Christ, dont les lois, les dogmes, la morale ont précédé la fondation de tous les Etats modernes. La *loi* peut-elle quelque chose sur ce qui est *divin?* Dieu lui a-t-il donné le pouvoir de réformer son œuvre ou de la façonner selon ses goûts changeants? » La conséquence juridique est évidente : « Si l'*être moral* appelé l'*Eglise* a le droit d'*exister* comme *société spirituelle*, il est *évidemment capable* de *posséder*. Le simple énoncé de cette proposition suffit pour la démontrer. » Ainsi l'Eglise est personne civile et capable de posséder en vertu de son droit divin ; elle l'est partout. Pour nous légistes, cette proposition, qui paraît si évidente à l'archevêque de Paris, est une hérésie juridique ; ce que nous appelons hérésie, lui l'appelle *droit divin*. Il y a opposition radicale entre le droit divin de l'Eglise et le droit écrit dans nos lois et dans nos constitutions. Pour mieux dire, le *droit divin* est au-dessus de toutes les lois humaines. L'Eglise est personne civile et capable de posséder, au besoin, malgré la loi. Est-ce que la *loi* peut réformer l'*œuvre de Dieu?* Reste à savoir ce que c'est que cette Eglise, personne civile, en vertu du droit divin. Mgr Affre répond : « Sous le *rapport légal*, l'Eglise ne peut être frustrée du droit d'acquérir. Mais comme ce n'est pas l'Eglise en corps qui possède, il s'ensuit que les *établissements* qui lui sont nécessaires, tels que *séminaires*, *cures*, *évêchés*, ont une *capacité nécessaire* que la *loi ne peut leur refuser* (1). » Les *couvents*

(1) Affre, *Traité des biens ecclésiastiques*, p. 9 et suiv. C'est la doctrine de tous les canonistes. Voyez mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat* en Belgique, p. 222, 238 et 240.

ne figurent pas parmi les établissements que Mgr Affre énumère; c'est que l'abbé écrivait en France, où les couvents sont abolis; il ne nie pas le droit des corporations religieuses, mais la prudence lui commande de les passer sous silence. La *Civilta cattolica*, revue romaine, rédigée par les jésuites, complétera la doctrine de l'écrivain français : Les *couvents*, dit-elle, sont le *corps de Dieu* (1). La forme est digne du fond de la pensée.

176. On voit que les ultramontains et les gallicans sont d'accord, en supposant qu'il y ait encore des gallicans. L'idée de la divinité de l'Eglise est de l'essence du catholicisme. Et si l'Eglise est divine, elle est nécessairement au-dessus de la loi, de même que Dieu est au-dessus de ce que les hommes font. Cela explique comment les corporations de l'Eglise se sont reconstituées en France et en Belgique, malgré l'abolition des corporations prononcée par les lois de la révolution, lois qui n'ont jamais été abrogées; elles sont abrogées de plein droit, comme étant contraires au droit divin de l'Eglise. Qu'importe donc ce que les lois humaines font ou défont? Il y a une loi supérieure à toutes les lois civiles, c'est la loi éternelle de Dieu, dont Jésus-Christ est l'auteur et que l'Eglise catholique est chargée de faire observer par toute la terre : « Aucun Etat, aucun prince, aucune loi n'a le droit de violer une constitution qui sert de base et de règle à toutes les constitutions des royaumes et des empires. Lors donc qu'une loi laïque se met en opposition avec le droit de l'Eglise, elle est frappée de nullité radicale; les fidèles ne sont pas obligés de l'observer : ils diront avec l'apôtre qu'il vaut mieux obéir à Dieu qu'aux hommes. » Je copie littéralement ce qui est écrit dans un de ces petits livres qui sont répandus par milliers d'exemplaires dans les populations catholiques et qui propagent partout la contagion de l'ignorance, de l'erreur et de la superstition (2).

Maintenant on comprendra la placidité de conscience

(1) *Civilta catholica*, VI[e] série, t. 2, p. 32.
(2) Mgr Segur, *Des Objections populaires contre l'Encyclique*, p. 14.

que l'on rencontre chez les religieux et les religieuses, qui sont sans cesse occupés à violer la loi par mille et une fraudes, et qui, au besoin, viennent mentir à la justice, le front serein et l'âme tranquille. Mentir, fût-ce pour la gloire de Dieu, n'est-ce pas toujours mentir? Et frauder, n'est-ce pas mentir? Nos scrupules prouvent qu'il n'y a plus rien de commun entre la société laïque et la société dite religieuse, pas même le sens moral. Je ne parle pas du respect de la loi, que la morale laïque commande également. Qu'est-ce que nos lois pour les saints personnages qui peuplent les monastères? N'ont-ils pas un droit divin qui l'emporte sur les lois humaines, autant que Dieu l'emporte sur les hommes? Et quand nos lois sont en conflit avec le droit divin, ne faut-il pas obéir à Dieu plutôt qu'aux lois humaines? Voilà le secret de cette tranquillité d'âme qui nous effraye chez des religieux dont la vie de chaque jour se passe au milieu de la fraude. Mirabeau avait bien raison de dire : « Sans doute, c'est un devoir de suivre la conscience, mais il y a un premier devoir, c'est celui de l'éclairer. » « Jamais, dit Pascal, on ne fait le mal plus gaîment que lorsqu'on le fait par un faux scrupule de conscience. » C'est l'explication de l'immoralité catholique, car immoralité il y a de mentir, de frauder, de tromper la justice. C'est le côté le plus affligeant, mais aussi le plus grave de ce long débat.

Pour empêcher la violation permanente de la loi par le mensonge et la fraude, le législateur français, sous la Restauration, permit de reconnaître et d'incorporer les congrégations de femmes. On lit dans le rapport sur la loi de 1825 : « Ce sont les personnes les *plus pures*, les *plus religieuses*, les *plus désintéressées*, qui doivent se familiariser chaque jour avec les *fidéicommis*, les donations *simulées* ou *détournées*, avec tous les *subterfuges* que l'*avidité* et l'*esprit de chicane* ont pu inventer autrefois ». Ajoutez : et que la cupidité ou l'ambition cléricale inventent encore journellement. Le législateur de 1825, favorable à l'Eglise, croyait qu'en satisfaisant aux nécessités de la vie des religieuses, en les mettant à l'abri du besoin, on rendrait la fraude inutile. Illusion ! Sans doute, si à

ce prix, on pouvait mettre fin à la fraude et au mensonge qui vicient les âmes et qui détruisent les fondements de toute moralité, on pourrait se demander s'il ne vaut pas mieux légitimer l'incorporation dans de certaines limites, que d'avoir une personnification frauduleuse, sans limites aucunes. Mais l'histoire des fraudes cléricales atteste que la cupidité des congrégations religieuses est aussi insatiable que l'ambition de l'Eglise, et qu'il y a de la naïveté, disons mieux, de la duperie ou de la complicité à croire le contraire. Les fraudes n'ont pas manqué en France, depuis la loi de 1825; tout ce qu'on y a gagné, c'est qu'outre la mainmorte frauduleuse, il y a encore une mainmorte légale.

177. Il est temps d'entendre la voix du droit et de l'honnêteté au milieu de cette atmosphère malsaine des couvents, où l'intelligence s'abaisse et où la conscience s'aveugle. Le comte de Montlosier dénonça, sous le gouvernement de la Restauration, l'ordre des jésuites, aboli en France, et rétabli par la fraude. On lit dans le rapport du comte Portalis, fait à la chambre des Pairs, le 8 janvier 1827 : « Il est avéré qu'il existe, *malgré nos lois*, et sans autorisation légale, une congrégation d'hommes. Si elle est reconnue utile, elle doit être autorisée, mais *ce qui ne doit pas être possible*, c'est qu'un *établissement*, même utile, *existe de fait*, alors qu'*il ne peut avoir une existence de droit*, et que loin d'être *protégé par la puissance des lois,* il le soit par leur *impuissance*. Ce n'est pas la sécurité des lois que nous invoquons, c'est le *maintien de l'ordre légal*. »

Eh bien, ce que Portalis disait en 1827 n'*être pas possible*, existe encore en 1880 ; les lois sont *impuissantes,* grâce à la complicité ou à la faiblesse des gouvernements chargés de les exécuter. La France est couverte d'établissements illégaux, et l'*ordre légal* est profondément vicié.

Pour justifier cette violation permanente de la loi, on a invoqué, en France et en Belgique, la liberté des associations religieuses : des légistes n'ont pas eu honte de mettre le droit au service de ceux qui foulent le droit aux pieds. Le procureur général Dupin répondra à ces mau-

vaises chicanes : « C'est l'exercice d'*un droit* qui tend à *faire tout ce qui n'est pas permis*; c'est faire d'une *manière sournoise* ce qu'*on ne pourrait pas faire* d'une *manière ouverte et patente* : cela s'est toujours appelé *violer la loi*, en *faisant fraude à la loi*. (1) » Que l'on me permette de transcrire ce que j'écrivais en 1862, et ce qui n'est encore vrai en 1880 : « Il y a une contradiction continuelle entre le *droit* et le *fait*. De *droit*, il n'y a plus de couvents, de *fait*, il y en a plus que jamais. De *droit*, il n'y a plus de moines ; de *fait*, leur nombre va tous les jours en augmentant. De *droit*, il n'y a plus de mainmorte : de *fait*, elle existe, et illimitée. Qu'a gagné l'Etat à ce que, légalement, il n'y ait plus de couvents? Il a gagné la *fraude*, la *violation nécessaire de la loi* ». J'ajoutais que ce mal est le plus grand de tous : « L'existence même de la société est en cause. Que l'on réfléchisse un instant à la violation journalière, permanente de la loi dont les ordres religieux se rendent coupables. Ce sont des moines qui fraudent la loi, pour faire *sournoisement* ce qu'ils ne peuvent pas faire ouvertement. Et quelle est la mission des moines dans l'Eglise? Ils quittent le monde, pour pratiquer dans la solitude la *perfection évangélique*, ils servent de modèle, au commun des fidèles. Et ce sont ces chrétiens types, ces saints personnages, ces anges, comme on disait au moyen âge, qui donnent l'exemple de la violation de la loi ! Peut-il y avoir un ordre social, peut-il exister une société, quand ceux qui devraient enseigner le respect des lois les violent impunément? La société ne peut subsister sans le respect de la loi et sans le culte du droit (2) ».

178. J'arrive à la théorie de l'*Eglise libre* dans l'*Etat libre*. C'est la formule célèbre du comte de Cavour. Fiction, à mon avis, car la *liberté de l'Eglise*, si on l'entend à la façon des catholiques, est la servitude de l'Etat, de la société et des individus ; et la liberté de l'Etat implique la subordination de l'Eglise, à titre d'association, aux lois

(1) Dupin, *Manuel du droit ecclésiastique*, p. 361.
(2) Voyez mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat* en Belgique, p. 365 et suiv.

générales qui régissent les associations, ce qui, aux yeux de l'Eglise, est un esclavage. Cependant, un homme politique et un des plus éminents de l'Italie, si féconde en grands hommes, Minghetti, a pris au sérieux la maxime de l'Eglise libre ; il espère, sinon pour le moment, au moins dans l'avenir, réconcilier l'Eglise catholique avec l'indépendance et la liberté de l'Italie. J'ai rendu compte de son livre sur l'Etat et l'Eglise(1), en critiquant les idées et en admirant l'homme. Cette admiration s'est encore accrue, par la connaissance personnelle que j'ai faite de cet esprit si élevé, et si ouvert à tout ce qui est grand et beau. Nous sommes en désaccord sur la personnification des établissements religieux; et j'avoue que c'est à raison de ce conflit que j'ai écrit cette longue Etude sur les personnes civiles. Je viens de rappeler les faits, et c'est sur ce terrain qu'il faut se placer pour traiter la question de l'incorporation, car le droit est une face de la vie réelle ; et de toutes les difficultés que le droit doit résoudre, il n'y en a pas de plus grande que celle qui fait l'objet de cette Etude. Ecoutons d'abord Minghetti :

La liberté de l'Eglise, pour Minghetti, signifie qu'elle est libre de s'organiser comme elle l'entend ; l'Etat n'intervient pas dans la nomination ni dans l'élection de ses ministres, pas plus qu'il n'intervient dans l'organisation ou la direction d'une société de sciences ou d'art. C'est en apparence le système belge. Mais Minghetti se garde bien d'ajouter, comme le fait notre Constitution, que l'Etat salarie les ministres du culte. L'Eglise vivra des dons que lui font les fidèles. Est-ce à dire que l'Eglise soit comme telle une personne civile capable de posséder ? L'Eglise est une société universelle qui ne regarde pas l'Etat, et à qui l'Etat ne doit pas reconnaître une existence juridique; il n'est en rapport qu'avec des établissements ecclésiastiques, évêchés, cures, corporations religieuses. Ce sont ces établissements qui recevront les libéralités des fidèles. Ici surgit la question de la personnification des associations libres.

(1) *Stato e Chiesa*, di Marco Minghetti (1878). Voyez le compte rendu que j'ai publié dans la *Revue de Belgique*, 1878, février et mars.

Minghetti reconnaît à toute association, sous les conditions et les restrictions établies par la loi, le droit de s'incorporer, c'est-à-dire de former un corps moral ou une personne juridique. S'associer est un droit naturel ; or, les sociétés se fondent toutes dans un esprit de perpétuité ; il en est ainsi surtout des associations religieuses, elles aspirent à l'éternité, car c'est dans un but qui se réalise dans l'éternité qu'elles se forment, le salut des âmes. Les moines, notamment, veulent réaliser la perfection évangélique, ou la loi de salut que Jésus-Christ est venu annoncer au monde. Or, pour être éternelles, les associations doivent être incorporées ; donc, le droit de s'associer implique le droit d'incorporation. C'est une liberté, ce n'est pas une concession ; la refuser aux associations religieuses, alors qu'on la reconnaît aux sociétés civiles, c'est faire une exception odieuse, c'est porter atteinte à la liberté.

179. J'ai répondu d'avance, dans le cours de cette Etude, à la proposition que le droit de s'associer implique le droit de s'incorporer. Au point de vue juridique, c'est une hérésie. Pour le moment, je veux suivre Minghetti sur le terrain religieux et politique. Il n'y a de personnes réelles que celles que Dieu a créées, les hommes auxquels il a donné la mission de se perfectionner, dans les conditions de leur existence terrestre. Ici-bas, ce travail de perfectionnement s'arrête à la mort ; ce qui se passe au delà de la tombe, est un mystère. J'ai la ferme conviction que notre existence est infinie, et que le travail de notre perfectionnement continue dans l'éternité, puisque l'être imparfait n'arrive jamais à la perfection. Mais il est d'évidence que les associations qui se forment entre les fidèles n'ont pas en vue le perfectionnement futur, parce que, dans la croyance catholique, la destinée de l'homme s'accomplit et se décide sur cette terre : c'est le Ciel ou l'enfer. Et quand on voudrait considérer le purgatoire comme une voie ouverte au perfectionnement, toujours est-il que, pour les associations humaines, la mort est le terme fatal de l'action des associés. L'homme ne peut vouloir ni agir dans ce monde, après sa mort ; s'il y a un axiome, c'est

celui-là. Donc, il ne peut pas perpétuer ses aspirations, ses désirs, au delà de la tombe. Cette perpétuité que les associations voudraient créer ne regarde pas l'individu qui meurt, elle regarde de nouvelles générations, dont l'activité finira également par la mort. Donc, toute idée de perpétuité est une fiction, à laquelle la réalité vient toujours donner un cruel démenti. Il y a eu de pieuses fondations pour le culte de Jupiter et d'Apollon; elles ont été faites dans un esprit de perpétuité. L'humanité, dans sa marche progressive, ne respecte pas cette éternité. L'Eglise catholique s'est approprié les biens qui avaient été donnés à Jupiter et à Apollon, et elle a bien fait. De leur coté, les catholiques ont fait des fondations éternelles ; la Révolution se les est appropriées, elle a encore bien fait. Si la perpétuité des associations est une fiction, la conséquence certaine est que la loi seule peut les créer; la volonté de l'homme s'arrête à sa mort; pour qu'elle dure au delà, il faut que la loi intervienne. Donc, il n'y a pas d'association perpétuelle sans loi.

Avant de permettre à une association de s'incorporer à perpétuité, le législateur ne doit-il pas s'enquérir du but qu'elle poursuit, du bien et du mal qui en résultera ? Ici Minghetti verse dans une illusion complète. Il semble croire que toute association religieuse a un but licite, que dis-je, saint, la piété : « Il y a des âmes pour lesquelles la solitude est un besoin; pourquoi ne pas la leur faciliter ? » Je pourrais répondre que c'est une fausse piété, que celle qui cherche le salut dans le cloître. Dieu a créé l'homme pour vivre en société; c'est là qu'il doit remplir les devoirs que sa nature lui impose. Fuir le monde, c'est déserter la société, c'est violer les devoirs qui ne peuvent être remplis que dans la vie commune. Et l'on veut que la loi encourage les hommes à manquer à leurs devoirs en leur accordant le privilége de vivre oisifs et inutiles à perpétuité ? J'ai supposé qu'il y avait *piété*, et piété mal entendue. Est-ce que telle est la réalité au dix-neuvième siècle? Minghetti avoue qu'en Italie il n'y a plus de religion véritable : ici règne l'incrédulité, là un paganisme sous des formes catholiques. Est-ce là

la *piété* qu'il faut *perpétuer* par le privilége de l'incorporation ?

Il faut que l'Eglise vive, dit Minghetti. Sans doute, et tant qu'elle aura empire sur les âmes, elle vivra. Faut-il pour cela qu'on lui accorde la personnification ? Jésus-Christ n'aurait compris ni le mot ni la chose. Un jeune homme lui demande ce qu'il doit faire pour entrer dans la vie éternelle. Jésus lui répond : « Si tu veux être parfait, va, vends ce que tu as et le donne aux pauvres ; puis, viens, et suis moi. » Le jeune homme ne se sentit pas la force de renoncer à ses biens, et ne suivit pas le Christ. Aujourd'hui, on dit que l'Eglise ne saurait être trop riche, et telle est, en effet, sa grande préoccupation ; il y a de prétendus catholiques qui parlent de christianiser les capitaux. Ces croyants à la façon de Rome n'ont sans doute jamais ouvert l'Evangile, car ils y auraient lu ces paroles foudroyantes : « Heureux vous qui êtes pauvres, car le royaume des cieux est à vous. Je vous le dis en vérité, difficilement un riche entrera dans le royaume des cieux. Et je vous le dis encore : un chameau passera plus facilement par le trou d'une aiguille, qu'un riche n'entrera dans le royaume des cieux. » Il faut que le clergé vive, et qu'il soit assuré de son lendemain ; il faut que les moines vivent, puisqu'on permet qu'il y ait des moines. Qu'aurait dit Jésus-Christ à ces gens si soucieux d'entasser des richesses pour vivre? « C'est pourquoi je vous dis : Ne vous inquiétez pas de votre vie, comment vous mangerez, ni de votre corps, comment vous le vêtirez. Regardez les oiseaux du ciel, ils ne sèment ni ne moissonnent, et votre Père céleste les nourrit. Voyez les lis des champs, ils ne travaillent ni ne filent. Or, Salomon, dans toute sa gloire, n'était pas vêtu comme l'un d'eux. Ne vous *inquiétez* donc pas, en disant : Que *mangerons*-nous ? comment nous *vêtirons*-nous? *Les Gentils s'inquiétèrent de ces choses*, mais votre Père céleste sait que vous en avez besoin. *Cherchez premièrement le royaume de Dieu, et sa justice, et tout cela vous sera donné de surcroît.* » C'est de ces paroles que Lamennais s'inspirait quand il conviait l'Eglise à se retremper dans la pauvreté

et la foi ; si le clergé ne l'écouta pas, c'est qu'il n'a plus la foi, il ne sait même plus ce que c'est que le christianisme de Jésus-Christ. Et c'est au profit de ces momies, que la loi devrait intervenir pour éterniser leur piété ! Placez-les parmi les momies qui reposent dans les tombeaux séculaires de l'Egypte, et laissez-les dormir de leur sommeil éternel.

180. Minghetti est un des rares hommes politiques qui se préoccupent de l'avenir religieux de l'humanité; il croit et je crois avec lui que la société ne peut pas plus exister sans religion que l'homme. Le catholicisme se transformera-t-il? Reviendra-t-il au christianisme de Jésus-Christ? Acceptera-t-il la liberté de penser, sans laquelle il n'y a point de liberté politique? Il est certain que le catholicisme, avec ses superstitions païennes, et les nouvelles superstitions que Pie IX lui a imposées, est le contre-pied de l'Evangile; et il est tout aussi évident qu'il est incompatible avec la liberté qu'il maudit. Et la papauté, en se déclarant infaillible, n'a-t-elle pas éternisé l'opposition qui existe entre l'Eglise et la société moderne ? Ce n'est pas ici le lieu de discuter ces redoutables questions. Nous sommes sur le terrain de la politique ; il faut prendre le catholicisme tel qu'il est, et en le prenant tel qu'il est, ce serait une folie de permettre à ses établissements de se perpétuer en s'incorporant.

Il faut d'abord écarter la charité et les œuvres pies. Jadis l'Eglise était un établissement charitable : en France et en Belgique, et en Italie, partout où les biens ecclésiastiques ont été nationalisés, l'Etat a pris la place de l'Eglise en organisant une bienfaisance publique, et en s'emparant de l'instruction et de l'éducation. J'y reviendrai encore. Pour le moment, je laisse de côté les corporations enseignantes et les corporations charitables, et je me demande quel serait, en dehors de la bienfaisance et de l'enseignement, qui sont devenus des services publics, la raison d'être des corporations religieuses. Si elles s'appellent religieuses, c'est sans doute parce que les moines s'associent pour prier. Qui a jamais songé à le leur défendre? Mais l'État a le droit de défendre la mendicité,

et il a le droit d'empêcher les fainéants de vivre aux dépens de ceux qui travaillent. Que ceux qui éprouvent le besoin de se retirer du monde vivent dans la solitude, travaillent en même temps pour subvenir aux nécessités de la vie, comme faisaient les apôtres, la loi leur laissera une entière liberté. Est-ce ainsi que les choses se passent? Les moines, pas plus que les clercs séculiers, n'ont de goût pour l'existence des apôtres; ils préfèrent les richesses à la pauvreté : c'est ainsi qu'ils imitent celui qui naquit dans une crèche, et qui n'eut jamais une pierre pour y reposer sa tête. Les disciples du Christ préfèrent capter les successions et vivre de fraudes ; ils ont inventé une nouvelle piété, qui consiste à pratiquer de pieux mensonges, et leur dévotion a pour objet de répandre l'ignorance et la superstition, fondement inébranlable de l'empire qu'ils exercent sur la bêtise humaine. C'est dans cet esprit de perpétuité qu'ils veulent s'incorporer et qu'ils s'incorporent, au besoin, malgré la loi, toujours au moyen des fraudes pieuses. Voilà, dans la réalité des choses, l'existence des corporations aux dix-neuvième siècle. Et l'on veut que la loi vienne en aide à une piété frauduleuse qui vicie la religion, qui aveugle les intelligences et corrompt les consciences! La mission de l'Etat et son devoir est d'organiser la société de manière que les hommes y puissent développer leurs facultés physiques, intellectuelles et morales, dans la plus riche harmonie. Et il éterniserait, en les incorporant, des associations religieuses qui, en guise de pain de vie, répandent le poison de l'ignorance et de la superstition !

Ce qui trompe les hommes auxquels la liberté est chère, c'est qu'ils s'imaginent que la piété catholique est restée ce qu'elle était quand les saints se retiraient dans les déserts de la Thébaïde, ou fondaient des cloîtres au milieu des forêts de l'Europe. Qu'ils jettent les yeux autour d'eux : ceux qui s'appellent *moines,* c'est-à-dire solitaires, ne bâtissent plus de cloîtres dans la solitude des bois ; ils remplissent nos villes, et qu'y font-ils? La plupart des ordres sont devenus enseignants; ceux qui n'enseignent pas sont des ordres charitables. Pour tous, la charité et

l'enseignement ne sont que des instruments au service de la domination de l'Eglise, et les pires des instruments, car les moines sont occupés à perpétuer l'ignorance et la superstition. Dire que la loi doit permettre aux associations religieuses de s'incorporer, c'est dire qu'elle doit favoriser cette propagande de ténèbres, en donnant aux ténébrions le privilége de la personnification, afin qu'ils puissent à leur aise travailler à perpétuer l'asservissement des classes ignorantes. Minghetti dit qu'il n'appartient pas à l'Etat de juger des choses de la religion. Je réponds que le législateur doit tenir compte des faits. Il a pour mission de procurer aux hommes les moyens de se perfectionner, il doit donc écarter tout ce qui pourrait les entraver dans le travail de leur perfectionnement. Or, il est de fait que les couvents ne sont plus que des ateliers d'ignorance, de superstition et de fraude. Voilà pourquoi la révolution les a abolis. On ne protége pas la fraude, on la punit.

L'existence de la société est en cause dans le débat de l'incorporation des associations religieuses. Minghetti avoue que l'Eglise ultramontaine est l'ennemie mortelle de la liberté, et la liberté est la base de notre ordre politique et social. Et les ordres religieux n'ont-ils pas toujours été ultramontains dans leur essence? C'est à ce titre que l'ordre des Jésuites a été attaqué par les parlements, et qu'il a été aboli par les princes. C'est parce que les moines étaient des instruments aveugles dans les mains du pape, que la révolution détruisit le monachisme, et c'est encore à ce titre que Portalis s'applaudit de ce que la milice du pape a été licenciée. Le pape a rétabli les jésuites; ce sont eux qui règnent à Rome et qui ont dicté les dogmes nouveaux de l'immaculée conception et de l'infaillibilité, double défi lancé à la raison et à la liberté. Et l'on veut que l'Etat non seulement donne pleine liberté à ses ennemis mortels, ce qui est déjà une folie, mais qu'il les aide encore à se perpétuer, en leur donnant de plein droit la personnification! On ne donne pas d'armes à l'ennemi, on le désarme. Et au premier rang, parmi les ennemis de la liberté et de l'Etat, se trouvent les moines, les jésuites en tête. Les rapports entre l'Etat et l'Eglise, depuis que

celle-ci est devenue ultramontaine, sont un véritable état de guerre, et c'est l'Eglise qui a déclaré la guerre à la société ; celle-ci ne fait que se défendre, et elle a le droit et le devoir de se défendre, puisque son existence est en jeu.

N° 2. LA MAINMORTE.

181. La mainmorte, dans les temps modernes, n'est plus exclusivement religieuse, elle est plutôt civile et laïque. En Belgique cela est d'évidence, les corporations religieuses y étant abolies ; si la mainmorte s'y est reconstituée, c'est par la fraude, et le législateur peut et doit la réprimer, comme un délit civil. Quant aux établissements ecclésiastiques qui jouissent de la personnification, la loi les considère comme des établissements publics, donc civils. Telles sont les fabriques d'église, qui ont toujours été considérées comme un établissement laïque. La charité, prise dans son sens le plus large, comprenant la bienfaisance, la religion et l'enseignement, est devenue un service public ; les fondations charitables ne peuvent se faire légalement qu'au profit de l'Etat, et de ses dépendances, les communes, les provinces, et les établissements spéciaux chargés de la bienfaisance publique. Il y a encore des congrégations hospitalières que la loi permet d'incorporer, mais elles n'ont pas une existence distincte, à titre de corporations religieuses ; les religieuses hospitalières sont attachées au service des hôpitaux, donc elles forment aussi un établissement public. Viennent enfin les sociétés commerciales que la loi de 1873 a incorporées, sous les conditions qu'elle détermine : ce sont des corporations d'une nature toute spéciale ; elles n'ont pas le caractère de perpétuité qui distinguait les vieilles corporations et qui appartient encore aux établissements publics ; la loi ne leur donne qu'une durée de trente ans.

Telle est la mainmorte civile en Belgique. Et il en est de même en France, sauf que la loi de 1825 a permis d'incorporer les couvents de religieuses. C'est une de ces lois de réaction qui ont été portées sous la Restauration

et qui auraient dû tomber avec le régime réactionnaire qui a régi la France pendant quinze ans. On les a maintenues; on a fait plus, les gouvernements qui se sont succédé ont permis, soit par faiblesse, soit par connivence, aux ordres enseignants de se reconstituer; les jésuites ont envahi l'enseignement, et ils ont catholicisé à leur façon les classes supérieures. Aujourd'hui la France républicaine cherche à secouer cette vermine monastique, qui s'attache à la nation comme une lèpre, et il se trouve que les jésuites sont plus forts que la république. C'est un mal passager; la patrie de Voltaire ne se laissera pas jésuitiser. Je me borne à constater ici que l'existence des jésuites est illégale en France; le gouvernement a le droit de les expulser (1). En Belgique et en France, les ordres religieux n'ont pas le droit de posséder; il y a donc un moyen très légal d'arrêter leurs envahissements, c'est de mettre la main sur leurs biens, et les nationaliser en les consacrant à la véritable instruction, l'instruction laïque, la seule qui se donne pour mission le développement des facultés intellectuelles, morales et physiques des générations naissantes.

182. Faut-il maintenir la mainmorte civile? Faut-il la favoriser en accordant des chartes d'incorporation à toutes les associations libres qui demandent à être incorporées? C'est la doctrine de Minghetti; je l'ai combattue dans ses prémisses et je suis obligé de la combattre dans ses conséquences. Minghetti invoque à l'appui de sa doctrine l'exemple de l'Angleterre et des Etats-Unis. C'est, en apparence, un grand préjugé contre l'opinion que je défends dans cette Etude; je dois m'y arrêter.

J'oppose d'abord à Minghetti une fin de non-recevoir. Il est très chanceux de se prévaloir sur le continent, et notamment dans les pays catholiques, de ce qui se fait en Angleterre et aux Etats-Unis. L'Etat n'a pas eu chez les Anglo-Saxons la situation qu'il a sur le continent européen. C'est le *self-government* qui domine en Angleterre, et les colons qui ont fondé la grande république

(1) Ecrit au mois du janvier 1880.

américaine étaient imbus du même esprit. Esprit excellent, qui accuse une forte individualité, et qui tend à accroître la force des individus, et n'est-ce pas l'individu qui est le but, tandis que le gouvernement, l'Etat ne sont que des moyens? C'est bien là ma doctrine; mais elle a un écueil. Il y a des choses d'intérêt public que l'individu fait mal, parce qu'il n'a pour cela ni mission ni capacité. Je citerai l'enseignement qui devrait être la grande préoccupation de tous les peuples, parce que celui qui dispose de l'éducation des générations naissantes dispose de l'avenir de l'humanité. Cela prouve déjà qu'il est dangereux d'abandonner l'enseignement aux efforts individuels. L'Angleterre l'a fait. Qu'en est-il résulté? Ses écoles, à tous les degrés, sont inférieures à celles du continent, et surtout aux écoles allemandes, parce qu'en Allemagne, l'Etat a pris sa mission au sérieux. L'instruction primaire surtout se trouvait dans un état déplorable, jusqu'à ce que l'Etat intervînt pour l'organiser. On le voit : la comparaison entre le régime anglo-saxon et le nôtre cloche. Dire que nous devons imiter le régime anglais ou américain, c'est demander que l'Etat abdique une mission qui est la sienne, pour abandonner à l'activité individuelle des services que les individus sont incapables de remplir. L'Etat est seulement en voie de se former en Angleterre et en Amérique : attendez qu'il soit constitué, alors on pourra établir une comparaison entre la législation anglo-saxonne et la nôtre, et voir quel rôle il faut laisser à l'Etat, et quelle part il faut faire à l'individu dans la gestion des intérêts généraux. Dans l'état actuel des choses, je récuse toute comparaison. L'Angleterre est encore, à bien des égards, une société féodale; elle est restée ce qu'elle était au moyen âge. Or, au moyen âge, il n'y avait point d'Etat, les individus, ne trouvant aucun appui dans l'Etat, cherchaient la force qui leur manquait dans l'association; de là les corporations de toute espèce qui pullulent au moyen âge, et qui n'ont plus de raison d'être dans les pays où l'Etat s'est organisé. Est-ce dans le passé du moyen âge qu'il faut chercher notre idéal?

Il y a une autre considération sur laquelle j'appelle

l'attention de tous ceux auxquels la liberté est chère, et qui aiment à invoquer l'exemple des pays libres par excellence, l'Angleterre et les Etats-Unis. Il est très dangereux d'invoquer comme autorité ce qui se fait chez des nations protestantes, alors qu'il s'agit de donner des lois à un peuple catholique. Le protestantisme n'a pas l'ambition de dominer sur l'Etat; il a, au contraire, dès son origine, accepté la suprématie de la société civile sur la société religieuse. Il n'y aurait aucun danger à donner aux églises protestantes la plus entière liberté, et à leur permettre de s'incorporer. La raison en est que le protestantisme a le même but que l'Etat; il est né de la liberté, et la liberté constitue sa vie. Les églises protestantes n'ont pas, comme celle de Rome, l'ambition de la domination universelle; elles ont une ambition plus grande et plus chrétienne, celle de moraliser l'homme, et de le rendre parfait, comme son Père dans les cieux. L'Etat n'a rien à craindre d'une religion essentiellement morale; il a, au contraire, tout à attendre de son appui. On dira que l'Angleterre et les Etats-Unis reconnaissent la liberté à l'Eglise catholique comme aux églises protestantes. Je réponds que la situation de l'Eglise catholique dans un Etat protestant est tout autre que celle qu'elle réclame dans les pays catholiques. L'Angleterre n'a rien à redouter du catholicisme, ni les Etats-Unis : et du jour où la liberté dont jouissent les catholiques présentera un danger, les lois y mettront une fin.

183. Même en Angleterre et aux Etats-Unis, la liberté telle que Minghetti la demande n'existe point. L'Angleterre a son statut de mortemain depuis le treizième siècle; chose remarquable, il se trouve dans la Grande Charte : ainsi la restriction de ce que l'Eglise appelle sa liberté, et la liberté véritable sont contemporaines. Et rien de plus logique, car la prétendue liberté de l'Eglise est la servitude de l'Etat, des nations et des individus; c'est un despotisme qui, s'il se réalisait, ne laisserait pas subsister le mot de liberté dans le langage des hommes. Au dixneuvième siècle, la liberté a tant de prestige, que l'on prend même au sérieux les gens d'église quand ils récla-

ment la liberté. Les auteurs de la Constitution belge, les libéraux, du moins, s'y sont laissé tromper. En Angleterre aussi l'on a demandé l'abolition, au nom de la liberté, de la loi qui restreint la mainmorte. Une motion fut faite en 1843, dans la Chambre des communes, de laisser liberté entière aux individus de fonder et de s'incorporer, pour établir des écoles, des hôpitaux, des églises, des couvents; les beaux noms de charité et de religion furent invoqués à l'appui de cette abdication des droits et des devoirs de l'Etat. La proposition trouva si peu d'accueil, qu'elle fut retirée (1). Ce qui est vrai, c'est que le parlement accorde des chartes d'incorporation avec une grande facilité pour des œuvres de charité, et l'on y prend toujours la charité dans le sens traditionnel, c'est-à-dire catholique. Je reviendrai sur ce point qui est d'une importance capitale.

Aux Etats-Unis, le statut de mortemain est tombé en désuétude; il n'a été maintenu que dans la Pensylvanie. Ce n'est pas à dire que toute association ait le droit de s'incorporer; il lui faut pour cela une charte émanée du pouvoir législatif. Ces chartes sont innombrables, les recueils de statuts des divers Etats de l'Union en sont remplis. On accorde l'incorporation à toute espèce d'associations, littéraires, scientifiques, religieuses, et surtout aux sociétés de commerce, de banque et d'industrie. C'est un mouvement inouï, prodigieux, dépassant de beaucoup ce qui se fait en Angleterre (2). Il va sans dire que c'est l'élément lucratif qui y domine. Le *make money* est le grand but de l'immense majorité des corporations. Malgré la faveur dont elles jouissent, les dangers des sociétés sans autre responsabilité que celle des capitaux se sont produits aux Etats-Unis, comme en Europe. On essaye de trouver un remède au mal en établissant une responsabilité personnelle (3). Jusqu'ici il y a lutte entre des principes contraires : parviendra-t-on à les concilier, et comment se fera la conciliation? La question, d'une gravité

(1) Kent, *Commentaries on american law*, t. II, p 357 (283), note *d*.
(2) Kent, *Commentaries on american law*, t. II, p. 355 (282) et p. 342 (272).
(3) Kent, *Commentaries on american law*, t. II, p. 340 et suiv., et les notes.

extrême, est étrangère à ces Etudes, qui ne se rapportent qu'au droit civil, comme le grand ouvrage des *Principes de droit civil,* dont elles sont le complément. Je laisse donc de côté la personnification commerciale, pour maintenir ce que les Anglo-Américains appellent charité, ce que l'on nommait jadis *œuvres pies* (*pia corpora*). L'origine est catholique, ce qui est déjà un mauvais préjugé, car l'Eglise catholique, quoiqu'elle soit un établissement de charité, n'a jamais compris la charité véritable.

184. Il est difficile de préciser la situation légale des corporations charitables aux Etats-Unis. En droit strict elles sont soumises à la règle commune, c'est-à-dire qu'elles n'existent qu'en vertu d'une charte octroyée par le pouvoir législatif. Mais le droit strict est tempéré, en Amérique comme en Angleterre, par l'équité, de sorte que l'on maintient parfois en équité ce qui légalement est nul. De là des inconséquences, et par suite une incertitude qui nous choque, au point de vue de notre droit, lequel subordonne entièrement l'équité à la loi. Les associations libres, non incorporées, peuvent-elles recevoir des libéralités à titre d'établissements charitables (1)? Au point de vue de notre droit, la question est un non-sens. Des associations non reconnues n'ont aucune existence aux yeux de la loi, c'est le néant; et comment un non-être pourrait-il exercer un droit quelconque? Ici intervient le principe de liberté que j'ai combattu dans tout le cours de cette Etude. Défendra-t-on à l'individu de faire le bien en créant un établissement charitable? N'est-ce pas porter atteinte à sa liberté tout ensemble et léser l'intérêt général? J'ai déjà bien des fois répondu à l'objection. L'individu est libre de disposer de sa fortune comme il l'entend, pourvu qu'il n'ait pas la prétention de perpétuer ce qu'il fait, c'est-à-dire de vivre après qu'il est mort. Voilà la plus impossible des impossibilités; cela prouve que nous sommes en pleine fiction, et que ce que l'on appelle *droit* et *liberté* de l'individu est un *privilége*, lequel ne peut exister qu'en vertu de la loi.

(1) Kent, *Commentaries on american law*, t. II, p. 368 et suiv. (288 et les notes.

Quant à l'intérêt général que l'on invoque, la prétention de l'individu qui veut incorporer et perpétuer un établissement est tout aussi étrange : est-ce à lui de juger ce qui est d'intérêt général? Il y a dans tous les Etats modernes un pouvoir législatif, organe de la souveraineté nationale, qui a pour mission de veiller aux intérêts généraux : de quel droit l'individu se mettrait-il à la place de la puissance souveraine? Encore une fois, une prétention absurde, impossible. Voilà la réponse que le droit fait à l'équité : elle me semble péremptoire. Le droit ne saurait donc reconnaître une liberté d'incorporation; les deux mots, comme les idées qu'ils expriment, sont inalliables. Il ne saurait y avoir d'incorporation qu'en vertu de la loi qui seule a mission de pourvoir à ce qui est d'intérêt général. La loi doit-elle permettre, dans l'intérêt de la charité, d'incorporer toutes les fondations, toutes les associations qui ont la charité pour objet? Telle est la question au point de vue du droit.

185. Au point de vue du droit, la question n'en est pas une. Toute charité n'est pas bonne, dit Savigny : il faut donc que le législateur intervienne pour examiner la nécessité, ou du moins l'utilité d'une fondation charitable, avant de l'autoriser et de l'incorporer. L'individu est libre de donner tous ses biens en aumônes, s'il le veut, quelque inintelligence qu'il y mette. J'ai vu, étant enfant, un Anglais jeter de l'argent dans la rue, pour avoir le plaisir de voir les pauvres et les gamins se disputer et se battre en s'arrachant les pièces de monnaies qu'ils ramassaient. Une pareille charité ressemble plus à la folie qu'à la bienfaisance. Cependant cet Anglais était libre de jeter son argent par la fenêtre. Si une fondation était faite dans le même goût, le gouvernement devrait-il l'autoriser? Il y a des fondations tout aussi inintelligentes. Je connais telle ville où la moitié de la population est entretenue par le bureau de bienfaisance; la mendicité s'y perpétue de génération en génération, c'est une race de mendiants profondément dégradés, avilis. Voilà le fruit de l'aumône catholique et des fondations imprudentes qui éternisent la misère, je dis mal, qui la créent et la propagent. Faut-il

demander si c'est là le but de la charité, et si le législateur doit favoriser une bienfaisance qui, si elle se généralisait, créerait des nations de mendiants? L'aumône est radicalement mauvaise quand elle n'est point de stricte nécessité; elle dégrade celui qui la reçoit et nourrit l'oisiveté, alors que le travail est la loi que Dieu a donnée à l'homme pour qu'il développe ses facultés, afin de devenir parfait comme son Père dans les cieux. L'aumône corrompt celui qui la fait, comme celui qui la reçoit; elle fait croire aux riches qu'elle lave leurs péchés; ce sont les Pères de l'Eglise qui tiennent ce langage. Telle n'est plus la morale ni l'économie politique des sociétés modernes. La vraie morale est plus sévère, elle ne pardonne pas au riche qui fait l'aumône, elle ne lui pardonne qu'à condition qu'il s'amende et se corrige. Nos sociétés vivent de travail; et l'économie politique, s'inspirant de la mission de l'homme, enseigne que l'Etat doit donner aux pauvres les instruments du travail, l'instruction et l'éducation; son idéal est qu'il n'y ait plus de pauvres et que tout homme devienne propriétaire. Ce qui fait la force de l'individu et par conséquent de la société, c'est l'énergie, la puissance d'initiative des individus; il faut donc stimuler sans cesse et activer le sentiment de l'individualité. La charité traditionnelle fait tout le contraire; elle voudrait assurer à tout homme sa subsistance en mettant sa prévoyance et son activité à la place de la prévoyance et de l'activité des individus : ce qui aboutit à tuer dans son germe le principe de vie et de progrès. La société ne doit pas être une providence, elle doit se borner à favoriser le perfectionnement des individus : ce n'est pas le pain de vie du corps qu'elle doit leur distribuer, car donner aux haillons, c'est multiplier les haillons. Elle doit le pain de vie de l'intelligence et de l'âme à tous. Si l'instruction et l'éducation qui en est inséparable étaient dirigées vers ce but, il resterait peu à faire pour la bienfaisance publique.

Ce n'est pas à dire que la société doive rester étrangère à la charité qui soulage les malheurs inévitables. Il y a des misères qu'aucune prévoyance humaine ne peut pré-

venir. La maladie enlève à de pauvres enfants les appuis que Dieu leur avait donnés. Une crise industrielle prive les ouvriers de travail; les épargnes qu'ils ont pu faire s'épuisent. La vieillesse rend l'homme incapable de travail; la cruelle mort a privé le vieillard des enfants qui devaient être son soutien; la maladie, les besoins qui augmentent avec l'âge épuisent le petit capital que l'économie avait formé. Voilà un vaste champ ouvert à la charité. En faut-il conclure que la charité doit être libre, comme on le dit en Belgique? Il n'y a rien de plus difficile que de faire le bien alors même qu'on veut le faire, et qu'on aime à donner. Notre bienfaisance publique même est encore mal organisée. C'est toujours la vieille charité catholique: des hospices pour les enfants, des tours où l'on reçoit les nouveau-nés, des ateliers où l'on occupe les ouvriers sans travail, des monts-de-piété où l'on vient au secours de la misère par des prêts, puis des asiles ouverts à la vieillesse. Plusieurs de ces institutions ont déjà disparu, toutes doivent disparaître ou se transformer. L'orphelin a besoin d'affection, autant que de pain, rendez-lui une famille, en lui donnant un père, une mère qui l'adoptent, et le confondent avec leurs enfants : voilà une tâche plus difficile que de faire des fondations pour les orphelinats, mais elle est aussi bien plus efficace, et moralement plus méritoire. Laissez les pauvres dans le sein de leur famille, et aidez-les à se créer des ressources par le travail, au lieu d'établir des ateliers de charité qui ne sont qu'une mendicité déguisée. Supprimez les monts-de-piété, qui en venant au secours de quelques malheurs individuels, perpétuent la misère générale en favorisant l'imprévoyance, les dépenses inutiles et la débauche. Au lieu d'ouvrir de somptueux asiles pour la vieillesse, en rompant les liens de famille, resserrez-les, et nourrissez dans les générations naissantes l'esprit de prévoyance et d'économie dès la plus tendre enfance, alors vous pourrez vous passer d'hospices. Que la bienfaisance véritable devienne un des objets de l'éducation, et que l'on apprenne à tout le monde comment l'on peut et on doit faire le bien; ceux qui auront goûté ce bonheur étant enfants ne l'oublieront pas quand ils quit-

teront l'école. Que les jeunes ouvriers et les jeunes ouvrières trouvent des asiles pendant les années si dangereuses de leur jeunesse ; voilà des sociétés que l'on ne saurait trop multiplier, vrais ateliers de culture morale et intellectuelle, où l'on prépare les nouvelles générations à leur mission d'hommes et de femmes. On voit que si le bien est difficile à faire, il y a aussi mille moyens de le faire.

186. Les Anglo-Américains ont raison de donner à l'enseignement le beau nom de charité ; les dons qui s'adressent à l'intelligence et à l'âme valent mieux que l'aumône que l'on jette aux haillons. Ici nous rencontrons de nouveau la liberté qui réclame le droit de fonder des établissements d'instruction et d'éducation, et de les diriger dans l'esprit qui anime les fondateurs. Question immense, que je ne puis traiter ici avec les développements qu'elle demande. Je dois me borner aux considérations qui ont quelque rapport avec l'incorporation. On se trompe en disant que la liberté d'enseigner est un droit de l'individu, comme la liberté de manifester sa pensée. L'enseignement s'adresse à l'enfance et à la jeunesse, c'est-à-dire à des mineurs, à des incapables. Donc le vrai droit qui est en cause est celui des générations naissantes : elles ont droit à l'instruction et à l'éducation, c'est-à-dire au développement le plus complet des facultés dont Dieu a doué l'homme. Qui a charge d'âmes? Qui est appelé à développer les facultés intellectuelles, morales et physiques de l'enfant? On répond d'ordinaire : le père de famille. C'est là une fiction, disons mieux, une amère dérision. En fait, dans les pays catholiques, le père de famille est une personne interposée, pour remettre les enfants au prêtre. C'est l'Eglise qui a inventé la liberté du père de famille, pour s'en faire un instrument de domination, comme elle le fait de toutes les libertés. Il nous faut donc voir ce que devient la liberté d'enseignement dans les mains de l'Eglise.

Dieu a donné la raison à l'homme pour qu'il s'en serve. Qu'est-ce que l'éducation catholique fait de la raison? Elle l'abaisse devant la foi. C'est la formule théologique :

la philosophie est la servante de la religion. Traduit en langage vulgaire, cela veut dire que les fidèles doivent être les esclaves du prêtre. Cet asservissement de l'homme à l'Eglise est, dit-on, la voie de salut. Tant qu'il y aura une Eglise catholique, ce sera là son idéal. Faut-il que la loi incorpore cet idéal et qu'elle le perpétue? Autant vaudrait le suicide de l'Etat et le meurtre des générations naissantes. Il faut voir de près ce que c'est que l'éducation catholique pour s'en faire une idée. Le prêtre inocule la superstition à l'enfant, dès sa naissance; il vicie son intelligence, ce qui aboutit fatalement à corrompre son âme et sa conscience. C'est ce que j'appelle le meurtre de l'enfance. L'Eglise a la funeste puissance de détruire dans l'enfant l'organe qui lui fait voir la lumière de la vérité : on dirait qu'elle pratique sur lui l'opération de l'aveuglement intellectuel. Ce qui trompe les amis de la liberté, c'est qu'il n'en a pas toujours été ainsi. Tant que l'Eglise se croyait sûre de sa domination, elle attachait une médiocre importance à l'enseignement, elle n'enseignait point ou elle se contentait d'endormir les intelligences. Les choses ont bien changé; les écoles catholiques sont devenues des machines de guerre; elles n'ont plus qu'un but, c'est d'asservir les générations naissantes et de rendre à l'Eglise l'empire sur les âmes qu'elle a perdu. La loi doit-elle aider l'Eglise à tuer la raison et l'âme des enfants en perpétuant son influence funeste? Si l'Etat le faisait, il ne lui resterait qu'à abdiquer; pour mieux dire, il abdique en le faisant. C'est ce qui est arrivé en Belgique. La liberté revendiquée pour les pères de famille a donné à l'Eglise le monopole de l'instruction. Elle en use et en abuse pour élever l'enfance et la jeunesse dans la haine de nos libertés et dans la haine des hommes qui y sont attachés. Ces jours-ci (1), le chef du cabinet libéral déplorait, au sein des chambres, la funeste division qui fait de la Belgique comme deux nations ennemies prêtes à en venir aux mains. Voilà le fruit de l'éducation catholique. Et l'on veut que l'Etat consolide et éternise cet état de

(1) Mars 1880.

choses en incorporant et en perpétuant l'enseignement dit libre? Autant vaudrait déchirer la nation en lambeaux.

187. J'appelle l'attention des amis de la liberté sur une dernière considération. L'incorporation est une nécessité pour l'Etat, les communes, les provinces, et pour certains établissements qui en dépendent. Je l'admets dans les limites de cette nécessité. Nos lois reconnaissent encore une espèce de personnification aux sociétés commerciales. Il y a d'autres sociétés qui pourraient réclamer le même privilége. S'il y a un intérêt social, c'est certes le développement de l'esprit d'ordre et d'économie dans les classes laborieuses; c'est en même temps une œuvre de moralisation. En France on autorise les sociétés d'épargne, ce qui leur permet de recevoir et de posséder. Elles doivent au moins posséder un local, et ce serait certes une noble charité que celle qui tendrait la main aux déshérités de ce monde pour les élever et les moraliser. Eh bien, en Belgique, je n'oserais pas le proposer. Les moines s'empresseraient de se constituer en sociétés d'épargne, et la mainmorte reparaîtrait, légale; or, les ordres monastiques sont mauvais par essence; on n'autorise pas le mal et on le perpétue encore moins. Tant qu'il y aura des moines, le législateur ne pourra pas incorporer les sociétés libres, fussent-elles d'intérêt social. On voit que le bien même est impossible tant que la lèpre monastique n'est pas extirpée.

Il y a des églises chrétiennes qui ne jouissent pas de la personnification : telles sont les sectes protestantes qui se forment en dehors du protestantisme officiel. Elles n'ont pas même un moyen légal de posséder le temple où se réunissent les fidèles. Pourquoi ne leur donnerait-on pas le droit de recevoir et de posséder? Il n'y a aucun danger de mainmorte, aucun danger pour la moralité, aucun danger pour la liberté; le catholicisme seul est l'ennemi de la civilisation moderne. Pourquoi ne donne-t-on pas à ces églises le droit de s'incorporer? Parce que les moines réclameraient le même privilége, et l'on aboutirait à cette maxime qui est destructive de l'Etat, que le droit de s'as-

socier est le droit de s'incorporer. Quand les moines seront hors de cause, personne ne songera plus à combattre l'incorporation des sociétés libres. Il importe, au contraire, que ce droit soit consacré par nos lois et qu'il entre dans nos mœurs; c'est un moyen de favoriser l'esprit d'association. Les entraves qui arrêtent maintenant la formation de sociétés de toute espèce et leur incorporation viennent de la crainte légitime qu'inspire la mainmorte catholique. Que cette crainte disparaisse et nous entrerons dans le droit commun qui doit favoriser le développement des facultés dont Dieu a doué lhomme.

Il me reste à m'excuser de la longueur de cette Etude. La théorie joue un grand rôle dans la science du droit civil international, puisque notre science est encore à l'état de formation. Or, il n'y a pas de théorie plus difficile que celle de l'incorporation. Il ne suffit point de dire que les personnes juridiques ou morales ont à l'étranger les droits qui leur sont accordés, soit par la loi qui les crée, soit par la loi du territoire où elles veulent les exercer : c'est s'en tenir à l'écorce des choses, alors qu'il faut pénétrer jusqu'à la moelle pour connaître ces êtres fictifs qui ont joué un si grand rôle dans le passé, et qui, dans les sociétés modernes, doivent disparaître ou se modifier et se transformer.

LIVRE III.

La famille.

CHAPITRE PREMIER.

LE MARIAGE.

PREMIÈRE PARTIE. — L'état des personnes.

SECTION I. — Considérations générales.

§ I[er]. *Le mariage et la religion.*

188. Qu'est-ce que le mariage? On s'étonne que cette question soit posée pour un acte qui remonte aux origines du genre humain et qui est la base de la société civile tout ensemble et le fondement de la moralité. Elle est cependant controversée, et je dois m'y arrêter parce qu'elle est capitale pour le droit international privé. On demande si le mariage est un contrat, et partant, un acte civil, ou si c'est une institution religieuse. Dans le droit français qui est aussi le nôtre, la question est tranchée depuis bientôt un siècle, et la Constitution belge a consacré la tradition.

On lit dans la constitution de 1791 (tit. II, art. 7) : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés, et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes. » En exécution de cette disposition constitutionnelle, l'Assemblée législative organisa le mariage comme contrat civil, et institua des officiers civils pour célébrer l'union de tous les citoyens sans distinction de culte (1).

(1) Loi du 20 sepembre 1792.

Le projet de code soumis au conseil d'Etat reproduisait ces principes; il portait : « La loi ne considère le mariage que sous ses rapports civils. » Cette proposition fut supprimée sur la proposition de Cambacérès : Il est évident, dit-il, que le code civil ne considère le mariage que sous ses rapports civils. Réal, rapporteur de la section de législation, expliqua les motifs pour lesquels elle s'était décidée à reproduire la déclaration solennelle qui se trouve dans la constitution de 1791 : c'est qu'elle consacrait un des principes fondamentaux de la société française, telle qu'elle était sortie de la révolution, la liberté religieuse, la sécularisation de l'ordre civil. C'est une conquête de 1789. Si, en 1802, il parut inutile de la proclamer de nouveau, c'est que la société civile et l'Etat, son organe, restaient seuls debout. Quant à ce que l'on appelait jadis puissance ecclésiastique, on ne la connaissait plus que par les souvenirs, et l'on croyait qu'elle était ruinée pour toujours. Le catholicisme romain, que l'on croyait mort en l'an X, est ressuscité et ses prétentions sont plus hautaines que jamais.

La Constitution belge a consacré le principe établi par le législateur français : aux termes de l'article 109, « la rédaction des actes de l'état civil et la tenue des registres sont exclusivement dans les attributions des autorités communales. » Et l'article 16 porte que « le *mariage civil* devra toujours précéder la bénédiction nuptiale, sauf les exceptions à établir par la loi, s'il y a lieu. » Cette disposition fait partie d'un article qui déclare que l'Etat n'a le droit d'intervenir, ni dans la nomination, ni dans l'installation des ministres d'un culte quelconque; c'était proclamer l'indépendance absolue des cultes. Les catholiques, sans nier que le mariage fût un contrat civil, en concluaient que le mariage religieux était indépendant de l'union célébrée par l'officier public. C'est sur ce point que roula la discussion; je l'ai rapportée ailleurs, elle témoigne pour la mauvaise foi des chefs du parti catholique, et pour la naïveté trop grande des libéraux qui votaient avec eux. Toutefois la discussion révéla des abus tellement graves, qui étaient résultés en Belgique de l'indépendance

du mariage religieux admise en 1814 et en 1830, que la majorité catholique du Congrès n'osa point insister sur une liberté qui lui était chère. Le caractère du vote fut déterminé par un discours remarquable de M. Defacqz, mort premier président de la cour de cassation de Belgique : « Il faut que les cultes soient libres, dit-il, mais il faut aussi que la loi civile conserve sa force : il faut que la *puissance temporelle prime* et *absorbe* en quelque sorte la *puissance spirituelle,* parce que la *loi civile* étant faite dans l'intérêt de *tous,* elle doit l'emporter sur ce qui n'est que l'intérêt de quelques-uns. » C'est dire que la loi, organe de la souveraineté nationale, domine toutes les religions et toutes les Eglises, et que l'ordre religieux est subordonné à l'ordre civil. La Constitution belge consacre cette suprématie de l'ordre civil dans une matière d'une importance capitale. La religion catholique considère le mariage religieux comme un sacrement, et la faction ultramontaine, le pape en tête, flétrit le mariage civil comme un concubinage, tant qu'il n'est point suivi du mariage religieux. Et notre Constitution, œuvre d'une majorité catholique, proclame non seulement la légitimité du mariage civil, mais décide implicitement que ce mariage seul a une valeur légale : le mariage religieux, à lui seul, est un délit et un concubinage. Il n'y a qu'un seul mariage aux yeux de la loi, celui qui est célébré par l'officier de l'état civil. En ce sens, nous disons que le mariage est sécularisé : c'est un contrat civil, et rien qu'un contrat civil.

189. Tel est notre droit sur la grave question que je discute. J'ai dit ailleurs que le principe proclamé par la révolution française ferait le tour de l'Europe à la suite du drapeau tricolore, et qu'il resterait le droit commun du monde civilisé, en dépit des efforts de l'ultramontanisme (1). J'ai été prophète, et il est facile de l'être quand on parle au nom de l'avenir. Il importe de constater le fait : il a une importance capitale pour le droit international privé, comme je le prouverai plus loin. M. Glasson, professeur

(1) Voyez mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat en Belgique*, p. 84

à la faculté de droit de Paris, vient de publier (1879) un ouvrage sur le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe ; arrivé au bout de son enquête, il constate que le mariage civil est devenu le droit commun du monde civilisé (1). Je vais rendre compte de cette étude de législation comparée. L'histoire est la révélation des desseins de Dieu ; en ce sens ,il est vrai de dire : *Vox populi, vox Dei.* L'extension du mariage civil parmi toutes les nations civilisées est un fait providentiel qui ruine d'avance les fausses théories que j'aurai à combattre.

Je commence, comme mon guide, par les pays exclusivement catholiques. Le code Albertin, qui a régi les Etats sardes jusqu'à la publication du nouveau code italien, s'ouvre par cette déclaration solennelle que « la religion catholique, apostolique et romaine est seule religion de l'Etat ; que le roi se fait gloire d'être le protecteur de l'Eglise et d'assurer l'observation des lois qu'elle rend dans les matières soumises à son autorité ». C'est le vieux régime antérieur à la révolution : le mariage est célébré par le curé avec les formalités du droit canonique ; les empêchements du mariage sont ceux de l'Eglise. Quant aux non-catholiques, s'ils professent un culte *toléré* par l'Etat, ils peuvent se marier d'après les usages de ce culte. Donc même pour les dissidents, le mariage est essentiellement un acte religieux. Il en était de même dans la plupart des autres Etats de l'Italie. La promulgation du nouveau code civil fut une véritable révolution. Il va sans dire qu'il n'est plus question d'une religion de l'Etat. Le code italien règle le mariage, indépendamment de toute prescription religieuse ; il considère, sans le dire, le mariage comme un contrat civil. Toutefois le législateur a donné une satisfaction à l'Eglise, pour mieux dire, aux préjugés catholiques ; il n'exige pas que le mariage civil précède la bénédiction nuptiale ; il en est résulté que sur 8,911 mariages célébrés à Palerme et dans la banlieue, 2,869 ont été exclusivement religieux, c'est-à-dire que

(1) M. Friedberg, dans son excellent ouvrage sur le mariage, a fait une étude approfondie de l'histoire du mariage civil (*Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwickelung* (1865), p. 309-764.

plus du quart des mariages sont des concubinages et les enfants, des bâtards. M. Glasson approuve fort, non ces abus, mais le principe, et jusqu'ici le législateur italien n'a pas osé faire ce qu'a fait le très catholique Congrès belge. Je croirais faire injure à mes lecteurs en combattant un prétendu principe qui conduit à des énormités pareilles; il faut dire que le principe même est un abus; car il méconnaît le droit et le devoir qu'a l'Etat de veiller à la stabilité du mariage et à la moralité des populations ignorantes et superstitieuses, qu'un clergé ambitieux aveugle pour mieux les dominer. Celui qui veut s'en convaincre n'a qu'à lire, dans mes *Principes de droit civil*, ce qui s'est passé en Belgique en 1814 et en 1830, et ce qui se passera partout où un clergé intolérant règne sur les consciences (1).

L'Espagne, dit M. Glasson, est le pays où l'influence de l'Eglise s'est le plus fait sentir sur la législation. Pour mieux dire, l'Eglise a si bien répandu l'ignorance et la superstition dans les masses, qu'il devient impossible au législateur d'opérer des réformes sérieuses. Une loi du 18 juin 1870 établit le mariage civil et abroge la *cedule real* de Philippe II, qui avait adopté (12 juillet 1564) les décrets du concile de Trente. Mais la loi permet de célébrer l'union religieuse avant le mariage civil. Notre auteur avoue que cette liberté a produit en Espagne des abus bien plus nombreux qu'en Italie; et cependant on prétend que ces abus constituent un droit! « Pour mettre un terme, dit M. Glasson, à un état de choses qui menaçait de compromettre la stabilité de la famille, et pour donner satisfaction à des résistances très générales, le roi a rendu, le 9 février 1875, un décret qui modifie la législation sur le mariage. Le mariage civil n'est pas supprimé, mais le mariage religieux vaut aussi comme mariage civil. De sorte qu'il existe dans un même pays deux législations différentes sur le mariage, ses formes, ses effets, ses causes de nullité et la séparation de corps : la loi canonique et la loi civile. Et cette anarchie n'a d'autre

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 336, nos 267 et 268.

raison d'être que les préjugés d'une population nourrie pendant des siècles dans l'ignorance et le fanatisme par un clergé ambitieux. On décore cet état de choses du nom de liberté! La liberté est le masque; ôtez-le, vous trouverez l'esprit de domination chez les uns et la servitude intellectuelle chez les autres.

Le Portugal a un nouveau code civil depuis 1868. M. Glasson dit que c'est l'esprit du droit romain qui y domine. Il pouvait hardiment ajouter l'esprit de l'Eglise romaine. C'est au code portugais, paraît-il, que le roi d'Espagne a emprunté la singulière législation sur le mariage qui partage la nation en deux camps ennemis, les uns mariés religieusement, les autres mariés civilement : le mariage religieux est célébré dans les formes et sous les conditions prescrites par l'Eglise : le mariage civil est contracté devant l'officier de l'état civil, et soumis aux conditions déterminées par le code. Que dirait Platon s'il lui était donné de voir une législation qui, au lieu d'établir l'unité dans l'Etat, le déchire en deux lambeaux en éternisant la division et la haine entre ceux qui se disent les enfants de Dieu, et les autres qui, aux yeux des premiers, passeront pour les enfants des Ténèbres.

La sécularisation du mariage dans les pays catholiques est presque une révolution. C'est dire qu'elle ne se fait que lorsque les principes de liberté l'emportent sur la domination de l'Eglise. Le code autrichien de 1811 maintenait le caractère religieux du mariage, mais il le réglementait parfois en s'écartant du droit canonique. Ainsi il osait exiger le consentement du père pour le mariage de l'enfant mineur. C'était presque une révolte aux yeux de Rome : on n'est catholique qu'à condition d'être entièrement soumis aux lois de l'Eglise. M. Glasson dit que l'Eglise ne cessa de se plaindre de ce qu'elle considère comme une usurpation; et elle finit par faire écouter ses plaintes. J'ai dit ailleurs qu'un jeune empereur, désertant les traditions de sa maison, abandonna tous les droits de l'autorité civile dans le concordat de 1856 (1); à la suite, une

(1) Voyez mon Etude sur l'*Eglise et l'Etat, depuis la révolution*, p. 256.

loi du 8 octobre de la même année consacra les prétentions de l'Eglise en déclarant obligatoires les canons du concile de Trente sur le mariage. En contentant les catholiques, le législateur froissa les aspirations libérales de la nation : celles-ci l'emportèrent en 1868, ce qui obligea le gouvernement d'entrer dans une nouvelle voie. L'Autriche eut sa déclaration des droits, comme la France en 1789. La conséquence logique eût été de séculariser le mariage ; le gouvernement n'osa pas aller jusque-là. On se borna d'abord à abroger la loi de 1856 et à remettre en vigueur le code de 1811 ; puis on permit le mariage civil, en cas de nécessité, quand le prêtre refusait son ministère. Une loi de 1870 établit le mariage civil pour les dissidents, c'est-à-dire pour ceux qui n'appartenaient à aucun des cultes reconnus par l'Etat. Pour profiter du bénéfice de cette loi, un grand nombre de catholiques déclaraient n'appartenir à aucune religion, ce qui était bien l'expression de la vérité, car si dans les pays catholiques, ceux qui désertent la foi traditionnelle osaient, comme c'est leur devoir, manifester leur vraie croyance, les églises seraient vides. En 1874, la chambre des députés adopta de nouvelles modifications qui tendaient à séculariser le mariage ; la chambre haute les repoussa : les uns considéraient le projet comme attentatoire aux droits de l'Eglise, les autres auraient voulu le mariage civil comme règle générale. Ce dernier principe finira par l'emporter sur la résistance des partisans du passé : les exigences croissantes de l'Eglise ultramontaine viendront en aide aux défenseurs du droit et de la liberté.

190. Le mariage civil a plus de peine à pénétrer dans les pays protestants que dans les pays catholiques. On peut dire que l'Etat y est moins intéressé, puisque le protestantisme n'a pas la prétention de dominer sur la société civile ; d'un autre côté, le sentiment religieux chez les protestants est plus vivace, ils tiennent à faire intervenir la religion dans l'acte le plus important de la vie. Toujours est-il que là où la liberté religieuse existe et à sa suite des sectes dissidentes, on doit aboutir logiquement au mariage civil. L'Angleterre est encore dans un état de

transition. La tenue des registres de l'état civil est confiée à des officiers publics; c'est un commencement de sécularisation qui a fait pénétrer les règles du droit civil dans les mariages religieux. A côté du mariage religieux existe le mariage civil, célébré par un officier public appelé *registrar;* les futurs ont le choix. Ce système semble respecter la liberté religieuse mieux que le système français. A vrai dire, c'est un abus que de parler de liberté religieuse en matière de mariage: s'il y a un acte qui intéresse la société civile, et, par conséquent, l'Etat, c'est bien le mariage, base de l'ordre social et de l'ordre moral; donc le législateur a le droit et le devoir de le régler, sauf aux époux à remplir toutes les cérémonies que leur religion exige. A ce point de vue, il est difficile de comprendre une législation qui s'en rapporte aux époux pour les conditions du mariage, de sorte que les uns seront régis par le droit canonique, les autres par le droit civil. Dans les pays catholiques un pareil système organiserait l'anarchie, la division et la haine, prélude de la guerre civile.

En Ecosse la législation est encore plus singulière : à côté du mariage célébré par le ministre du culte, s'est maintenu le mariage, tel qu'il existait avant le concile de Trente, par le simple consentement des parties. Ce qui explique les unions célébrées à Gretna-Green, le premier village de la frontière écossaise, devant un forgeron. Celui-ci ne jouait pas le rôle d'officier public, comme on le croyait sur le continent; il était simple témoin. Ces fameux mariages sont tombés en désuétude depuis que les mariages peuvent se contracter devant le *registrar,* avec toutes les facilités imaginables, même avec dispense des publications. La législation française est plus sévère et plus morale.

Le mariage a été sécularisé en Allemagne, d'abord par une loi prussienne de 1874, puis par la loi de l'empire du 6 février 1875. Jusque-là le mariage était un acte religieux, célébré par le ministre du culte, dans les pays catholiques et dans les pays protestants. La loi nouvelle ne s'occupe plus du mariage religieux, sinon pour le prohiber, comme le fait notre Constitution, avant la célébra-

tion du mariage civil. Cette innovation a rencontré une vive résistance chez les catholiques : cela se comprend de la part des populations dont la conscience est aveuglée par la domination séculaire d'une Eglise intolérante et ambitieuse. M. Glasson dit qu'un député bavarois combattit la sécularisation dans un discours éloquent. Nous connaissons cette éloquence en Belgique, ce sont des banalités qui traînent dans tous les journaux ultramontains : atteinte à la liberté de conscience, atteinte aux droits de l'Eglise, despotisme autoritaire, ou comme on dit chez nous, tyrannie du Dieu-Etat. Notre Constitution est une réponse à ces vaines déclamations ; elle n'a pas marchandé la liberté aux catholiques, on peut dire qu'elle a abdiqué les droits de l'Etat aux pieds des prêtres ; cependant la majorité catholique du Congrès a maintenu le mariage civil en défendant aux ministres du culte de donner la bénédiction nuptiale avant la célébration du mariage par l'officier public. La liberté n'a rien à faire dans ce débat, et la conscience encore moins, puisque les époux sont libres de remplir toutes les cérémonies religieuses que leur culte prescrit.

La Suisse a imité l'Allemagne ; une loi du 24 décembre 1874, applicable à tous les cantons, a enlevé aux ministres du culte la tenue des registres de l'état civil ; elle a sécularisé le mariage en déclarant le mariage civil obligatoire avant la célébration du mariage religieux. M. Glasson n'approuve point cette imitation de l'Allemagne, et cette subordination des cantons à l'autorité fédérale, tout en reconnaissant que la législation nouvelle a mis fin à des abus intolérables : l'indigence était une cause d'empêchement au mariage, ce qui réduisait les indigents à vivre en concubinage, et cela pour décharger l'Etat de l'entretien des enfants légitimes. Admirez après cela la souveraineté des cantons! Elle était encore plus admirable à d'autres égards : on condamnait tout voleur au gibet, parce que les gibets coûtent moins que la construction et l'entretien d'une prison. Voilà l'indépendance cantonale que la Suisse devrait maintenir à perpétuité pour rester fidèle à sa tradition!

Si l'on veut voir la tradition dans son beau, il faut lire le code suédois de 1734. Les femmes sont sous tutelle pendant toute leur vie; on les marie sans demander leur consentement, on dispose d'elles comme d'une chose. Cependant, le mariage civil a pénétré dans un pays qui se distinguait par son intolérance luthérienne, aussi haineuse que l'intolérance catholique. En 1873, le législateur admit un commencement de liberté religieuse, et, à sa suite, le mariage civil, parce que le mariage civil n'est pas l'œuvre du despotisme, mais un fruit de la liberté. Quand les deux époux appartiennent à la confession luthérienne, le mariage est célébré par le ministre du culte de l'Etat, car l'Etat a encore un culte. Une loi du 31 octobre 1873 dispose que les futurs époux professant une autre religion peuvent se marier devant le ministre de leur culte, si le clergé de cette Eglise a été autorisé par le roi à recevoir les mariages. Quand les parties appartiennent à des confessions différentes, le mariage peut se faire devant l'autorité civile. Si aucun des futurs époux ne professe la religion de l'Etat, ni une religion autorisée, il faut nécessairement recourir au mariage civil. C'est une grande victoire remportée sur l'intolérance orthodoxe. M. Glasson conclut en disant qu'en Suède aussi bien qu'ailleurs, le mariage civil est une conséquence nécessaire de la liberté de conscience. Que signifient donc les déclamations des catholiques contre le mariage civil? La liberté telle qu'ils l'entendent est un véritable despotisme, et le pire de tous, parce qu'il ne laisse plus une ombre d'indépendance ni aux individus ni à l'Etat.

La Norvége a aussi sa religion d'Etat : le mariage se contracte en la forme religieuse pour ceux qui appartiennent au culte privilégié. Toutefois la loi ne proscrit pas les dissidents, comme le faisait le roi très chrétien Louis XIV. Ceux qui ne professent pas la religion luthérienne peuvent contracter un mariage civil par devant notaire; mais il n'y a que l'officier qui soit laïque : les conditions de capacité et les formes préliminaires dépendent du droit canonique.

La législation danoise date de 1684; mais il y a un

grand nombre d'ordonnances particulières sur le mariage. M. Glasson n'en dit rien, sinon que le mariage est resté un acte religieux sous le rapport de la forme. D'après cela, il n'y aurait point de mariage civil, pas même pour ceux qui n'appartiennent à aucune des religions admises par l'Etat. J'ai de la peine à croire qu'il en soit ainsi. Mais telle est notre ignorance du droit étranger que je n'ose rien affirmer.

Le droit qui règne aux Etats-Unis est si extraordinaire, que je me décide à transcrire littéralement ce que M. Glasson en dit : « L'absence de formes, qui est encore usitée en Ecosse, et qui remonte au droit antérieur au concile de Trente, s'est conservée, aux Etats-Unis, dans un grand nombre d'Etats. Il n'existe pas de lois fédérales réglant le mariage d'une manière uniforme pour toute la confédération; chaque Etat possède sa législation civile qui lui est propre. Il suffit du seul échange des consentements entre les parties, sans aucune cérémonie religieuse ou civile, sans que la présence de témoins soit même exigée. Dans une promenade, un jeune homme et une jeune fille se disent mari et femme : il y a mariage. L'esprit de cette législation est partout le même : rendre le mariage facile et le concubinage à peu près impossible, en supprimant les formes solennelles. » Je reviendrai sur cet idéal, qui n'est pas de mon goût : sous le prétexte de rendre le concubinage impossible, n'est-ce pas légitimer le concubinage? Toujours est-il qu'il ne saurait plus être question d'un mariage religieux; le mariage est purement civil, puisqu'il se parfait, comme tout contrat, par le seul concours de volontés.

En Russie, la religion grecque, qui se dit orthodoxe par excellence, est la religion de l'Etat; mais il s'y trouve un grand nombre de cultes dissidents, chrétiens et non chrétiens. Le mariage des orthodoxes est célébré par le prêtre; des tribunaux ecclésiastiques connaissent des causes matrimoniales. Les dissidents se marient selon les règles de leur confession. Quant aux mariages mixtes, ils sont célébrés par le prêtre orthodoxe, et les enfants doivent être élevés dans la religion grecque; c'est un

puissant moyen de propagande pour l'Eglise officielle. Jusque dans ces derniers temps, les sectaires n'avaient pas d'état civil; comme ils refusaient le ministère des prêtres orthodoxes, ils se trouvaient à peu près dans la situation où étaient les protestants en France depuis la révocation de l'édit de Nantes. Une loi récente du 19 avril 1874 admet le mariage civil pour les sectaires, avec quelques restrictions qu'il est inutile de mentionner ici; le principe suffit quant à l'objet que j'ai en vue.

191. Le mariage est donc un acte civil, ou il est en voie de le devenir dans tous les pays civilisés. Il résulte de là une conséquence très importante au point de vue du droit international privé, c'est que le mariage est un contrat. Qu'il en soit ainsi en droit français, cela ne saurait être contesté. Le témoignage de Pothier est formel; le traité qu'il a écrit sur la matière est intitulé : *Du contrat de mariage*; et au n° 307, il dit : « Le mariage étant un *contrat*, ne peut, *de même que tous les autres contrats*, être formé que par le *consentement des parties*. » Il est vrai que le code Napoléon ne qualifie pas l'union des époux de contrat; mais s'il ne contient pas le mot, il consacre l'idée dans les termes les plus formels, en disant « qu'il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » (art. 146). On a conclu de ce texte, et avec raison, que le consentement des deux époux est requis pour l'existence même du mariage, de sorte que s'il n'y avait pas de consentement, le mariage serait plus que nul, il serait inexistant. Si les auteurs du code civil n'ont pas donné le nom de contrat au mariage, c'est parce que cette expression désigne d'ordinaire les conventions matrimoniales concernant les biens. Portalis, dans l'Exposé des motifs, dit que le mariage est la société de l'homme et de la femme; c'est dire que le mariage est un contrat.

La sécularisation du mariage a encore une autre conséquence, c'est que le mariage est un contrat civil, indépendant de toute religion, de toute Eglise. Je parle du mariage légal. La loi est étrangère aux croyances religieuses; elle les abandonne au for de la conscience. Chacun est libre de croire qu'il y a un gouvernement pro-

videntiel, et que l'action de Dieu se manifeste dans la vie de l'individu comme dans celle de l'humanité. C'est ma croyance la plus chère, et elle est partagée par tous ceux qui ont conservé le sentiment religieux, bien qu'ils n'appartiennent à aucune Eglise. Par contre, il y a des indifférents et des incrédules qui considèrent la religion comme une illusion de la foi, quand elle n'est pas une imposture, et le gouvernement providentiel comme une espèce de superstition. Dans cet état des esprits, la loi a dû faire abstraction des croyances religieuses. C'est la raison philosophique de la sécularisation du mariage, et de l'ordre civil en général. On a appelé cette grande innovation une révolution, et ce n'est pas trop dire. Elle est encore combattue aujourd'hui avec violence par l'Eglise catholique. Si les prétentions de l'Eglise romaine étaient seules en cause, il ne vaudrait pas la peine de s'y arrêter dans un ouvrage consacré au droit international privé. Mais la tradition catholique a eu une existence séculaire; elle exerce son influence sur des hommes qui n'appartiennent pas à l'Eglise de Rome, et qui reproduisent néanmoins, sous d'autres formes, les idées romaines. Voilà pourquoi, dans l'Introduction historique de ces Etudes, j'ai dû parler du christianisme et du prétendu droit international chrétien. Cette fausse conception obscurcit les idées et vicie les principes qui servent de base à notre science. Nous allons la retrouver dans la théorie de Wharton sur le mariage; il importe de l'écarter dès le début, afin de conserver à notre science toute sa liberté, de même que l'Etat a consolidé son indépendance en s'affranchissant des liens qui l'attachaient à l'Eglise.

192. Je commencerai par constater les prétentions de l'Eglise romaine par le témoignage du pape qui s'est déclaré infaillible. Dans une lettre adressée au roi de Sardaigne, à l'occasion d'un projet de loi sur le mariage civil, le pape Pie IX dit : « C'est un dogme de foi que le mariage a été élevé par Jésus-Christ Notre-Seigneur à la dignité de sacrement, et c'est la doctrine de l'Eglise catholique que le sacrement n'est pas une qualité accidentelle surajoutée au contrat, mais qu'il est de l'essence même du ma-

riage, de telle sorte que l'union conjugale entre les chrétiens n'est légitime que dans le mariage sacrement, hors duquel il n'y a qu'un pur *concubinage*. Une loi civile qui, supposant le sacrement divisible du contrat de mariage pour des catholiques, *prétend* en régler la *validité*, contredit la doctrine de l'Eglise, *usurpe* ses *droits inaliénables*, et, dans la pratique, met sur la même ligne le *concubinage* et le *sacrement de mariage,* en les sanctionnant l'un et l'autre comme également légitimes. » Quelle est, dans la doctrine catholique, l'autorité de l'Etat en matière de mariage? Pie IX répond : « Que le *pouvoir civil* dispose des *effets civils* qui dérivent du mariage, mais qu'il laisse l'*Eglise* régler la *validité du mariage même* entre chrétiens. Que la *loi civile* prenne pour point de départ la *validité* ou l'*invalidité* du *mariage* telles que l'*Eglise* les détermine, et partant de ce fait qu'elle ne peut pas constituer (cela est *hors de sa sphère*), qu'elle en règle les *effets civils* (1). »

Le Grand Conseil du canton de Tessin ayant porté une loi sur le mariage civil, le chargé d'affaires du saint-siége en Suisse protesta contre cette usurpation et en demanda le retrait : « En voulant prescrire les conditions nécessaires à la validité du mariage, elle empiète sur les droits imprescriptibles que possède l'Eglise de régler tout ce qui appartient à l'administration des sacrements. Elle fixe un âge pour la validité du mariage, tandis que l'Eglise en fixe un autre; elle ordonne, pour le consentement des contractants, des conditions que l'Eglise n'ordonne pas; elle admet comme valide le mariage contracté devant l'autorité laïque, et l'Eglise le déclare invalide s'il n'est pas contracté devant le propre curé. Elle *suppose* légitimes les unions accomplies entre des personnes liées par des empêchements de consanguinité ou d'affinité, depuis le second degré jusqu'au quatrième, tandis que, sans une préalable dispense, l'Eglise catholique les déclare toutes invalides, incestueuses et concubinaires (2). » Il est

(1) Lettre du 19 septembre 1852 (dans mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat, depuis la Révolution*, p. 523-529).

(2) Voyez la protestation dans mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat*, *depuis la révolution*, p. 542-545.

inutile de poursuivre cette opposition entre la loi civile et la loi catholique : on n'a qu'à lire le titre du Mariage dans le code Napoléon ; il est condamné tout entier, par cela seul qu'il *prétend* régler les conditions du mariage et sa validité, et qu'il met sur la même ligne le *concubinage* et le *sacrement*. Et comme le mariage civil a fait le tour du monde, il faut dire qu'il n'y a plus de mariage, qu'il n'y a plus qu'un concubinage légal.

193. Pie IX poussait l'outrecuidance pontificale jusqu'à la folie ; et l'on pourrait croire que les actes que je viens de transcrire émanent d'un fou. C'est la folie de la toute-puissance ; quand les hommes, faibles créatures, usurpent la puissance divine, leur raison se trouble, qu'ils s'appellent Césars ou Papes. Toujours est-il que cette folie s'appelle un dogme dans l'Eglise catholique, et qu'on inocule la folie aux générations nouvelles à titre de vérité divine. Pie IX a eu pour successeur un de ces fins diplomates qui sont de la race de Machiavel ; eh bien, sauf les crudités de langage, la doctrine de Léon XIII et celle de Pie IX sont identiques. Dans son Encyclique sur le divorce et le mariage (1), le pape nous apprend que le mariage civil a été établi par l'ennemi du genre humain ; c'est une invention diabolique qui s'est répandue parmi les hommes imbus d'une fausse philosophie, livrés à la corruption, et méprisant avec orgueil la souveraineté de Dieu ; ils attribuent à l'Etat tout droit sur les mariages, ils déclarent que l'Eglise n'en a aucun. Léon XIII traite ces esprits pervers de *naturalistes*, *adorateurs absolus de la divinité de l'Etat* ; il les accuse de *fausseté*, ce qui doit signifier qu'ils altèrent les faits. Léon XIII s'efforce de rétablir la vérité. Le mariage est sacré de son essence, partant il doit être réglé, non par le pouvoir des princes, mais par la divine autorité de l'Eglise, qui, seule, a le magistère des choses sacrées. Le mariage étant devenu un sacrement, l'Eglise seule, par la volonté de Jésus-Christ, peut et doit régler cette matière ; il est donc absurde de vouloir qu'une partie, fût-ce la plus petite, de sa pleine puissance,

(1) Elle se trouve dans le *Bien Public* du 20 février 1880.

ait passé aux dépositaires du pouvoir civil. Enfin le pape invoque le témoignage de l'histoire, dont l'autorité est grande ; or, elle atteste que le pouvoir législatif et judiciaire, en ce qui concerne le mariage, a toujours été exercé par l'Eglise. Léon XIII repousse la distinction que les *légistes régaliens* ont inventée (le religieux Pothier était du nombre) entre le contrat civil et le sacrement, afin de réserver le contrat au bon plaisir des princes. « Une pareille distinction, pour mieux dire cette scission, ne saurait être admise, puisqu'il est reconnu que, dans le mariage chrétien, le contrat ne peut être séparé du sacrement, et qu'en conséquence, il ne peut y avoir contrat véritable et légitime sans qu'il y ait par cela même sacrement. La conclusion est celle que Pie IX avait exposée en termes plus clairs dans sa lettre au roi de Sardaigne : « L'union de l'homme et de la femme contractée en dehors du sacrement manque de la *force* et de la *qualité* d'un *juste mariage*. » Qu'est-ce donc que le *mariage civil?* Pie IX répond : Un *concubinage*. Et Léon XIII dit la même chose en termes couverts : « Quoique l'union soit contractée conformément aux lois civiles, elle n'a d'autre valeur que celle d'une *formalité* ou d'un *usage* introduit par le droit civil. Mais le droit civil ne peut ordonner et régler que ce qui est une *conséquence* du *mariage* dans les matières civiles, et ces *conséquences* ne peuvent manifestement résulter que de leur véritable et unique cause, à savoir du lien nuptial », et le lien nuptial, le pape vient de le dire, est formé par le sacrement ; donc, en dehors du sacrement le mariage est inexistant.

194. Léon XIII accuse les *naturalistes* de fausseté ; je ne veux pas retorquer le reproche ; quand on a affaire à un diplomate italien, on ne sait jamais ce qu'il pense ni ce qu'il croit. Mais je vais prouver par l'histoire que les prétentions de l'Eglise sont fondées sur des faits altérés et sur des lois fabriquées. C'est encore une des malédictions attachées à l'usurpation de la puissance divine. On ne voit pas les souverainetés civiles falsifier des actes pour y fonder leur puissance ; mais ceux qui se prétendent les vicaires de Dieu, établis par Dieu, doivent nécessai-

rement recourir au faux, puisque leur prétention même est un faux. L'Eglise, dit Léon XIII, exerçait son pouvoir sous les empereurs païens. Est-ce que Néron, qui la persécutait, lui aurait donné le pouvoir de légiférer sur le mariage? Que de questions on pourrait adresser au pape au sujet de cette naïveté historique! Est-il bien sûr qu'il y ait eu une Eglise au premier siècle? Et que cette Eglise, qui n'existait point, ait légiféré sur le mariage en l'élevant à la dignité de sacrement? Le pape ne paraît pas se douter qu'il y a dans l'histoire telle que les catholiques l'écrivent autant d'erreurs que de mots. Je laisse de côté les erreurs historiques; quand on est infaillible, on devrait bien savoir ce que les enfants savent. Je remonte plus haut et je demanderai au pape s'il est bien sûr que Jésus-Christ et saint Paul aient fait du mariage un sacrement? Sur la demande des Pharisiens, le Christ déclare qu'il n'est pas permis à l'homme de répudier sa femme. Alors ses disciples lui disent : « Si telle est la condition de l'homme avec sa femme, il n'est point expédient de se marier. » Le maître leur répond : « Il y a des *eunuques nés tels* dès le ventre de leur mère; il y en a que les *hommes* ont *faits eunuques*; et il y en a *qui se sont eux-mêmes faits eunuques*, *à cause du royaume des cieux*. Que celui qui sait entendre, entende. » Quel est le sens de ces paroles à demi voilées? On ne peut leur en donner qu'un seul : c'est que pour entrer dans le royaume des cieux, il faut préférer la virginité au mariage. Jésus-Christ avait une médiocre estime pour les liens de famille : « *Celui* qui ne *hait pas* son père et sa mère, et sa *femme* et ses *enfants*, et ses frères et ses sœurs, ne peut pas être mon *disciple*. » Sa vie a été l'expression de ses sentiments. Saint Augustin dit de lui : « Jésus-Christ, conçu dans le sein d'une vierge, est resté vierge, et il est le fiancé des vierges. » Il est certain que tous ceux qui exaltent la virginité comme un idéal se sont appuyés de l'autorité du Fils de l'Homme, qui, pour eux, est le Fils de Dieu.

Je laisse là tout commentaire sur la doctrine et sur la vie de Jésus-Christ; le plus grand des apôtres, saint Paul,

va nous dire quelle était la pensée de son maître. Les Corinthiens le consultèrent sur la grave question du mariage; il leur répond en termes clairs et nets : « *Il est bon à l'homme de ne pas toucher de femme.* Je voudrais que tous les hommes fussent comme moi. Je dis donc à ceux qui ne sont pas mariés et aux veuves qu'il leur est avantageux de demeurer comme moi. Mais s'ils ne peuvent pas garder la continence, qu'ils se marient; *car il vaut mieux se marier que de brûler.* » Ainsi, aux yeux de saint Paul, le mariage est un remède contre l'incontinence : « Pour éviter l'impudicité, dit-il, que chacun ait sa femme, et que chaque femme ait son mari. » La conséquence de cette doctrine est évidente, et l'apôtre ne s'en cache point : « Celui qui marie sa fille fait bien; celui qui ne la marie pas fait mieux. » Le mariage en lui-même est donc désapprouvé. Des esprits moins élevés mais logiques poussèrent cette désapprobation jusqu'au mépris : « Par la virginité, dit saint Isidore, l'homme se rapproche des anges; par le mariage, il se met sur la même ligne que les bêtes. » Aux yeux de Tertullien, le mariage n'est qu'une espèce de fornication. Athénagore appelle les secondes noces un honnête adultère. Saint Jérôme dit tout crûment que le mariage est un mal; il fut obligé de rétracter ces paroles; elles n'en sont pas moins l'expression la plus franche des sentiments chrétiens. De là l'exaltation de la virginité et et du célibat, qui est le fondement théologique de l'orgueil des clercs et de la domination que l'Eglise exerce, comme organe de l'esprit, sur les laïques. Au quatrième siècle, un moine osa soutenir que la virginité n'a rien de plus saint que le mariage; il fut condamné par le pape, et sa doctrine fut déclarée hérétique. La virginité reste donc l'idéal de la perfection chrétienne; si l'on admet le mariage et si on le sanctifie, c'est parce que la nature humaine est plus forte que les égarements de la foi (1).

Voilà le mariage chrétien au point de vue religieux. Jésus-Christ, saint Paul, les Pères de l'Eglise, qui tous

(1) Voyez les témoignages dans mon Etude sur le Christianisme (t. IV des *Etudes sur l'Histoire de l'humanité*, p. 181, § II, 2e édition).

exaltent la virginité et ne conseillent le mariage que comme un remède contre l'impureté, pouvaient-ils songer à l'élever à la dignité de sacrement? Il faut le dire : Le Christ, ses apôtres et les saints Pères se sont trompés sur l'essence du mariage; ils n'y ont vu que l'union des corps, union plus ou moins honteuse; ils n'y ont pas vu l'union des âmes. L'humanité moderne proteste contre la conception dégradante que saint Paul se faisait du mariage; elle le considère comme le complément de notre destinée. L'homme a pour mission de se perfectionner; pour accomplir cette mission, Dieu lui a destiné une compagne; c'est dans cette communauté de vie que l'homme et la femme développent les dons de l'intelligence et de l'âme dont Dieu les a doués, et apprennent qu'en travaillant au perfectionnement des autres on travaille à son propre perfectionnement. La virginité et la solitude des monastères sont une école d'égoïsme; le moine ne songe qu'à son propre salut, son âme se dessèche, sa vie est comme un lent suicide. Le résultat auquel a abouti le monachisme condamne le principe : ce n'est pas la virginité qui est l'idéal de l'humanité, c'est le mariage.

195. Le mariage est aussi le fondement de l'ordre social; c'est à ce titre que le législateur en règle les conditions. Est-il vrai, comme le dit Léon XIII, que l'Eglise ait exercé le pouvoir législatif et judiciaire en matière de mariage, dès les premiers siècles? Pour le soutenir, il faut altérer les faits les plus authentiques et faire dire à l'histoire tout le contraire de ce qu'elle dit.

Chez les Grecs et les Romains, le mariage était un contrat purement civil, en ce sens qu'il était parfait par le seul consentement des parties contractantes; il n'y intervenait pas même un officier public. Il en fut de même sous les empereurs païens; il est ridicule de supposer le contraire. En effet, nous avons les lois des empereurs chrétiens; eh bien, je défie les infaillibles d'en citer une seule, que dis-je! de citer un mot d'où l'on puisse induire que le mariage fût un sacrement, sous les empereurs les plus dévoués au christianisme : le mariage resta ce qu'il avait toujours été, un acte purement civil. Léon

le Philosophe fut le premier qui consacra le mariage religieux dans l'empire d'Orient ; mais sa constitution n'appartient plus au droit romain, c'est de la législation byzantine (1).

L'empire d'Occident fut détruit par les Barbares : est-ce que les rois et les empereurs franks changèrent la nature du mariage et en firent un sacrement? Le pape ferait bien de lire l'histoire de Grégoire de Tours pour apprendre quels étaient les sentiments des chefs des conquérants : ceux qui vivaient dans la bigamie et dans l'inceste ne considéraient certes pas le mariage comme un sacrement institué par Dieu. Cependant, Pothier cite des capitulaires de Charlemagne qui ordonnèrent de contracter le mariage en face de l'Eglise, où les futurs époux recevaient la bénédiction nuptiale, le tout à peine de nullité (2). Pothier remarque que ces lois tombèrent en désuétude. Il serait assez singulier que l'Eglise n'eût pas tenu à l'observation de lois qui lui donnaient pouvoir sur le mariage. L'explication de cette énigme est très simple : les prétendus capitulaires sont fabriqués ; ils appartiennent à cette longue œuvre de faussaires catholiques qui ont voulu donner des titres à la puissance spirituelle de l'Eglise ; comme il n'en existait pas, ils en forgent (3). Qui sont les coupables? Ceux dans l'intérêt de qui le crime a été commis ; ceux qui fabriquèrent la donation de Constantin et les fausses décrétales, ceux qui falsifièrent les écrits des Pères de l'Eglise. Ainsi de faux titres pour appuyer une doctrine fondée sur des faits altérés et sur des livres saints qui disent le contraire de ce qu'on leur fait dire : les témoignages sont dignes de la cause au profit de laquelle on les invoque.

196. Si on laisse là les honteuses inventions de la fraude cléricale pour s'en tenir à la réalité des faits, tout s'explique par le cours naturel des choses. Il en est

(1) Glasson, *le Mariage civil*, p. 21. Friedberg, *die Eheschliessung*, p. 14 et suiv.

(2) Pothier, *du Contrat de Mariage*, n° 346.

(3) Le faux est d'une telle évidence, qu'on ne discute même plus l'authenticité des capitulaires de *Benedictus Levita* (Friedberg, *die Eheschliessung*, p. 13).

du sacrement de mariage comme de tous les dogmes catholiques; ils se formèrent par le lent travail des sentiments et des idées; en ce sens ils ont leur légitimité relative. La puissance spirituelle des papes, et même leur pouvoir temporel, ont leur raison d'être; l'ambition pontificale y aida, et elle ne dédaigna pas de prendre appui sur de faux actes : mais elle avait un fondement plus solide dans la foi crédule des populations, et il faut ajouter que leur usurpation était un bienfait dans des temps de barbarie et d'immoralité. Certes, le mariage religieux est préférable à la dissolution morale qui régnait sous l'empire romain, et à la corruption brutale qui suivit l'invasion des Barbares. Il n'en est pas moins vrai que l'empire de l'Eglise sur le mariage a été une usurpation sur les droits de l'Etat. La société civile a fini par reprendre une autorité qui lui appartient; et voilà l'Eglise qui crie à la spoliation et à la tyrannie du Dieu-Etat!

Il faut lire, dans le savant ouvrage de Friedberg, appuyé à chaque ligne sur des témoignages dont la vérité n'est pas douteuse, comment se forma le dogme du mariage-sacrement. Dans les premiers siècles, l'Eglise portait un intérêt médiocre au mariage; au moment où l'empire romain s'écroulait sous les coups des Barbares, saint Augustin écrivait : « Plût à Dieu que tous les hommes restassent vierges, d'un cœur pur et d'une foi véritable, la cité de Dieu serait plutôt formée, et nous verrions arriver la fin des temps (1)! » Dans son spiritualisme excessif, la chrétienté primitive aspirait à la mort pour entrer dans le royaume de Dieu. Que lui importait le mariage, qui ne pouvait que retarder la consommation finale! Le mariage resta naturellement ce qu'il était chez les Romains et les Grecs, un contrat qui se formait par concours de volontés : il y avait des cérémonies religieuses qui accompagnaient le mariage; l'Eglise se les appropria, comme elle fit de toutes les superstitions païennes; mais de ces usages à un sacrement, il y a un abîme. Les solennités n'étaient pas requises pour la validité du mariage;

(1) Augustin, *De bono conjug.*, § 10.

c'est à peine si l'on peut dire qu'elles avaient un caractère religieux. Ce n'est que vers le huitième siècle et le neuvième que l'on dit des prières spéciales à l'occasion du mariage. Alors même que l'on commença à appeler le mariage un sacrement, on n'y attacha pas la signification que l'on donne aux sacrements proprement dits; les plus célèbres canonistes du moyen âge, Pierre Lombard et son commentateur Durand nient formellement que le mariage soit un sacrement véritable (1). Il y a pour l'Eglise une autorité plus grande que celle des simples docteurs, c'est celle des papes, que l'on déclare infaillibles en matière de dogme; eh bien, nous avons les lettres d'Adrien II, de Grégoire II, d'Alexandre III, qui tous reconnaissent qu'un mariage non célébré à l'église est pleinement valable. Encore au quinzième siècle, des conciles refusèrent d'annuler des mariages contractés sans cérémonie religieuse (2). Les mœurs étaient en harmonie avec le droit. Il y a un vieux proverbe juridique qui exprime un peu crûment les croyances populaires : « Boire, manger et coucher ensemble, c'est mariage ce me semble (3). »

Cela n'empêchait pas l'influence de l'Eglise d'aller croissant. Les prêtres commencèrent par bénir le mariage déjà contracté, ils finirent par intervenir pour le célébrer. Cependant, avant le concile de Trente, on ne pouvait pas dire que le mariage fût un sacrement; en effet, ce qui caractérise le mariage-sacrement, c'est que le mariage n'existe que par le sacrement, ce qui rend l'intervention de l'Eglise nécessaire pour qu'il y ait un mariage véritable. Alors même que le consentement des époux aurait été donné, en présence d'un officier public, leur union n'est pas un mariage; c'est un concubinage, dit Pie IX. Le mot est une impertinence, mais l'idée découle logiquement du mariage-sacrement; voilà pourquoi Léon XIII l'a maintenue dans l'Encyclique même où il cherche à se concilier l'appui de la puissance civile. Eh bien, jusqu'au

(1) Voyez les témoignages dans Friedberg, p. 154.
(2) Friedberg, *die Eheschliessung*, p. 11-13.
(3) Ducange, Glossaire, au mot *Potare.* Loysel, *Institutes coutumières*, n° 147.

concile de Trente, l'Eglise elle-même admettait la validité des mariages clandestins, c'est-à-dire, célébrés sans l'intervention du prêtre ni d'un officier public. Chose remarquable, c'est pour mettre fin aux abus scandaleux qui résultaient de la clandestinité, que le concile de Trente se décida à exiger la célébration du mariage par le propre curé et après des publications faites à l'église. La clandestinité favorisait tous les scandales, le concubinage, la bigamie, le mépris de l'autorité paternelle; des enfants de douze et de quatorze ans se mariaient sans le consentement de leurs parents. Cependant ce ne fut qu'après de longs débats que le concile se décida à condamner les mariages clandestins; et malgré les réclamations du roi de France, il refusa d'invalider les mariages que des enfants auraient contractés sans le consentement de leurs père et mère (1).

Les décrets du concile ne furent pas reçus en France parce qu'il avait dépassé ses pouvoirs en prononçant la nullité du mariage considéré comme contrat, ce pouvoir n'appartenant qu'à la puissance civile. Il en résulta que le mariage, par le simple consentement des parties, était toujours considéré comme valable; il fallut des édits répétés pour extirper les mariages clandestins. La royauté s'appropria le décret du concile de Trente en ordonnant que les mariages fussent célébrés par le propre curé; celui-ci était tout ensemble l'agent du pouvoir civil pour la célébration du mariage, et l'agent de l'Eglise pour l'administration du sacrement. Les rois chargèrent en même temps les curés de la tenue des registres de l'état civil, de sorte que le mariage se trouva dans les mains de l'Eglise avec le consentement du pouvoir civil. Je dirai plus loin les abus qui résultèrent du mariage-sacrement. Il me faut encore ajouter un mot sur le mariage dans les pays protestants.

Le concile de Trente n'y ayant pas été reçu, le mariage par le simple consentement des parties y fut toujours considéré comme valable; il l'est encore au-

(1) Voyez dans Friedberg, le chapitre consacré au Concile de Trente, p. 101-150.

jourd'hui aux Etats-Unis. Ailleurs les scandales des mariages clandestins firent admettre la nécessité du mariage religieux. Mais le mariage n'était pas un sacrement dans le sens catholique. C'est un dernier témoignage contre les prétentions de l'Eglise, et il est décisif au point de vue de la tradition chrétienne. Le protestantisme orthodoxe tient à l'autorité divine de l'Ecriture sainte, plus que le catholicisme, puisqu'il n'a pas d'autre fondement; s'il était vrai que le mariage fût élevé à la dignité de sacrement par une parole divine, les protestants l'auraient admis comme tel; mais ils y cherchèrent vainement cette parole de Dieu; au dix-huitième siècle, toutes les universités allemandes déclarèrent que la bénédiction du prêtre n'était pas un élément essentiel du mariage, que le consentement des époux suffisait et que si l'intervention du prêtre avait été généralement admise, c'était uniquement pour empêcher les abus de la clandestinité. Il ne fallait pas pour cela que le mariage fût un acte religieux. En droit français, le mariage est aux yeux de la loi un contrat purement civil, et néanmoins on n'y connaît plus les scandales de la clandestinité : les mariages clandestins sont nuls, et de fait il n'y en a plus, l'action de la puissance civile a été plus efficace pour les extirper que l'intervention de l'Eglise.

197. Le mariage a été sécularisé par la révolution; et, à sa suite, dans toute l'Europe. Il importe de connaître les motifs pour lesquels le mariage civil a été introduit. J'ai dit que les dogmes du catholicisme n'ont d'autre objet que d'assurer la domination de l'Eglise; et cette domination entraîne à sa suite l'intolérance la plus odieuse. C'est ce que l'histoire du mariage religieux en France va nous apprendre. Quand Louis XIV eut révoqué l'édit de Nantes, il n'y avait plus légalement de protestants en France; ils étaient censés s'être convertis, grâce sans doute aux dragonnades. Les réformés n'avaient qu'un moyen de contracter une union légitime, c'était de la faire célébrer par l'Eglise, c'est-à-dire d'apostasier. Ceux dont la conscience se prêtait à cette hypocrisie, commençaient par suivre avec assiduité les offices divins, ils allaient à

confesse et à communion, puis, à peine mariés, les époux ne mettaient plus le pied à l'église. La plupart reculaient devant cette comédie sacrilége, ils se mariaient au désert, c'est-à-dire dans les bois et les cavernes, où ils trouvaient des ministres qui, au péril de leur vie, pénétraient en France. Ecoutons un discours tenu, le 15 décembre 1778, dans l'assemblée des chambres du parlement de Paris : « Depuis 1740, plus de 400,000 mariages ont été célébrés au désert : source féconde de procès scandaleux. Des hommes avides contestent à leurs proches leur état pour envahir leur fortune. Des hommes parjures implorent le secours de la justice pour rompre des nœuds formés sous la bonne foi ! » Les magistrats étaient pour la plupart aussi intolérants que les lois qu'ils avaient mission d'exécuter. On ne se contentait pas d'annuler les mariages du désert, on condamnait les hommes aux galères et les femmes à être rasées et renfermées dans un hôpital auquel leur dot était appliquée. Tel est l'abîme de l'intolérance catholique, qu'un légiste ose écrire en plein dix-neuvième siècle en parlant de l'affreuse législation de Louis XIV : « Tant il est vrai qu'il n'exista jamais de religion plus véritablement tolérante que la religion catholique et de gouvernement plus paternel que celui de nos rois ! »

Heureusement qu'il y avait des philosophes en France ; leur voix se fit entendre jusqu'au pied du trône. L'édit de 1787 rendit l'état civil aux réformés. Il fallut que le roi apprît à une Eglise soi-disant chrétienne que s'il est permis d'employer tous les moyens d'*instruction* et de *persuasion* pour rétablir l'unité de la foi, les *voies de violence* sont aussi *contraires* au *véritable esprit du christianisme* qu'aux principes de la *raison* et de l'*humanité*. « La justice et l'intérêt public, dit le roi, ne permettent pas d'exclure plus longtemps des droits de l'état civil les Français et les étrangers qui ne professent pas la religion catholique. Les protestants ainsi dépouillés de toute existence légale sont placés dans l'alternative, ou de profaner les saints sacrements par des conversions simulées, ou de compromettre l'état de leurs enfants en contractant des mariages frappés d'avance de nullité. » Le roi n'en-

tendait pas accorder aux réformés la liberté religieuse, telle que nous l'entendons aujourd'hui, il voulait seulement leur rendre l'état civil : « La *religion catholique* jouira *seule* dans notre royaume des droits et des honneurs du *culte public*, tandis que nos sujets non catholiques, privés de toute influence sur l'ordre établi dans nos Etats, déclarés d'avance à jamais incapables de faire corps dans notre royaume, soumis à la police ordinaire pour l'observation des fêtes, ne tiendront de la loi que ce que le droit naturel ne nous permet pas de leur refuser, de faire constater leurs naissances, leurs mariages et leurs morts, afin de jouir, comme nos autres sujets, des effets civils qui en résultent. »

J'ai parlé de l'abîme de l'intolérance catholique. Quand l'édit fut présenté au parlement pour y être enregistré, un conseiller s'écria en montrant une image du Christ : « Voulez-vous le crucifier encore une fois. » Ainsi, c'est crucifier le Christ que de permettre aux réformés de naître, de se marier et de mourir, sans l'intervention de l'Eglise. Un évêque osa dire au roi : « Vous répondrez, sire, devant Dieu et devant les hommes, des malheurs qu'entraînera le rétablissement des protestants! » Une assemblée générale du clergé se réunit en 1788. Déjà l'orage de la révolution grondait : les hauts prélats, aveugles parmi les aveugles, firent des remontrances au roi contre l'édit de de 1787 (1)!

198. Ces fureurs de l'intolérance catholique expliquent les lois et les colères de la révolution. La philosophie qui l'inspira demandait plus que ce que la vieille monarchie ne pouvait accorder. Condorcet formula ses vœux : « Dans un Etat, dit-il, où tous les citoyens ne professent pas la même religion, les formalités nécessaires à la validité des mariages ne doivent pas être mêlées à des cérémonies religieuses. » C'est dans cet esprit que l'Assemblée législative sécularisa l'état civil. Le rapporteur de la loi du 20 septembre 1792 dit que le mariage est un contrat civil,

(1) Voyez les témoignages dans mes *Principes de droit civil*, t II, p. 7, nos 3 et suiv.; et mes *Etudes sur l'Histoire de l'humanité*, t. XIV, p. 297 et suiv., 374 et suiv.

parce qu'il est la base de la société humaine. Il est vrai que le sacrement a été lié au contrat en vertu du droit canonique, mais il n'est pas de l'essence du mariage; si en France il a été regardé comme tel, c'est uniquement parce que la puissance civile l'a mis au nombre des formes nécessaires pour la validité du mariage. Les prétentions contraires ne sont qu'une longue usurpation, et la souveraineté est imprescriptible. » C'était l'opinion universelle; écoutons Pastoret, un des membres les plus modérés de l'Assemblée législative : « Il n'y a rien de commun entre la religion et la loi, ni dans leur objet, ni dans leurs causes, ni dans leurs effets, car les lois civiles doivent être le résultat de la raison humaine, et l'on sait bien que la religion est au-dessus d'elle. Comment la loi n'aurait-elle pas seule le droit d'assurer notre état civil? Le citoyen lui appartient nécessairement et il peut n'appartenir à aucune des religions du pays qu'il habite. Où en seraient les législateurs s'ils étaient obligés de façonner sans cesse leurs pensées et leurs principes à toutes les idées religieuses des hommes. » Pastoret s'élève avec énergie contre les usurpations de l'Eglise : « Elle ne s'était pas seulement emparée de l'homme vers le milieu de la vie et dans le berceau de l'enfance; il n'était plus, et elle étendait encore sur lui son empire : elle seule avait le droit de lui donner, que dis-je? de lui *vendre* un *tombeau;* la *terre* même qui devait l'enfermer, la *poussière* qui devait le couvrir, prenaient un *caractère religieux!* »

L'intolérance et l'ambition de l'Eglise excusent et justifient la passion des révolutionnaires : « L'ambition sacerdotale, s'écrie Vergniaud, tantôt insolente, tantôt astucieuse et hypocrite, trouva le moyen de s'emparer de l'homme dès l'instant où la nature l'appelle à la vie et de le tourmenter dans tous les points de son existence. » On prévoyait la résistance de l'Eglise à la loi nouvelle. Verguiaud la flétrit d'avance : « Qui donc veut empêcher les catholiques de suivre les cérémonies de l'Eglise lors de leurs mariages, et les autres citoyens de pratiquer celles de leur culte? » Le législateur lui-même en fit la déclaration expresse. Ce que Vergniaud avait prédit

arriva; le clergé résista, il poussa à la guerre civile, le sang coula à flots sous le prétexte de la liberté de l'Eglise.

Néanmoins la sécularisation l'emporta. Le projet de code civil la maintint. Ce fut une des rares dispositions qui trouvèrent faveur au sein du Tribunat, héritier des idées de 1789. Duchesne, le premier rapporteur, dit que la loi met fin à une *antique usurpation* en restituant à l'*autorité civile* des *droits* que les *préjugés religieux* lui avaient enlevés. Benjamin Constant applaudit à la sécularisation, qui séparera à jamais le pouvoir civil de ce que l'on nommait autrefois la puissance religieuse : « Les ministres d'un culte quelconque, dit-il, ne s'empareront plus de l'état civil des citoyens, pour puiser dans ce *ministère de tous les instants*, en rapport avec *toutes les classes de la société*, des *moyens d'influence également dangereux aux gouvernants et aux gouvernés.* » Le tribun Siméon fit une remarque très juste dans le second rapport sur le titre II du code civil. Il ne faut pas croire, dit-il, que la sécularisation ne se justifie que par la diversité des religions professées en France. « Quand même tous les Français suivraient le même culte, il serait bon encore de marquer fortement que l'état civil et la croyance religieuse n'ont rien de commun; que la religion ne peut ôter ni donner l'état civil; que la même indépendance qu'elle réclame pour ses dogmes et pour les intérêts spirituels appartient à la société pour régler et maintenir l'état civil et les intérêts temporels. » La sécularisation n'est pas un principe temporaire, c'est une vérité éternelle et une des conquêtes les plus précieuses de la révolution (1).

199. J'arrive à la conclusion de ces longs préliminaires : le mariage est un contrat, ce contrat est essentiellement civil, et dépend, par conséquent, de la législation de chaque pays. La religion n'intervient point dans la formation du contrat, bien qu'elle puisse exercer son influence sur le mariage comme sur toutes les relations de la vie; mais cette action est purement individuelle, en

(1) Voyez les témoignages dans mes *Principes de droit civil*, t. II, p. 10, n°s 5-7.

ce sens qu'elle dépend des sentiments et des idées qui sont du for intérieur. Chaque personne a sa religion, puisque la religion est un rapport de l'homme avec Dieu; mais le mariage ne saurait être un fait individuel, puisqu'il est le fondement de la société civile; voilà pourquoi il dépend essentiellement de la loi, laquelle est la même pour tous ceux qui y sont soumis. Cette théorie du mariage n'est autre que celle du mariage civil, et le mariage civil tend à devenir le droit commun de l'humanité.

La théorie du mariage-contrat a été combattue par un légiste américain. Wharton, dans son *Traité de droit international privé*, soutient que le mariage n'est pas un contrat, que c'est une institution chrétienne; il en déduit la conséquence que les conditions du mariage sont celles que le christianisme a établies; celles-là seules sont essentielles, et du droit des gens universel; quant aux conditions exigées par les lois particulières des divers Etats, elles n'ont qu'une valeur territoriale (1). Cette doctrine n'a pas trouvé faveur. Brocher l'a critiquée (2), et il me sera facile de prouver que c'est un tissu de propositions contradictoires, n'ayant aucune base dans l'histoire, pas même dans le christianisme. Dans l'Introduction historique de ces Etudes, j'ai dit qu'il y avait un christianisme fictif auquel les publicistes chrétiens aiment à rapporter tous les bienfaits de la civilisation moderne. On a beaucoup parlé dans le temps d'un Etat chrétien, qui n'était autre chose que la glorification du despotisme revêtu de formes empruntées au moyen âge; pour mieux dire c'était un ordre de chose purement de fantaisie, conçu par des esprits attardés qui ne comprenaient rien à la liberté moderne et qui cherchaient leur idéal dans un passé imaginaire. Le mariage chrétien de Wharton appartient à la même école; pendant son séjour en Allemagne, il s'est laissé séduire par les théories nébuleuses de Stahl, juif converti, grand partisan de l'Etat chrétien, et grand admirateur du moyen âge. Je vais examiner cette prétendue institution chré-

(1) Wharton, *Conflict of laws, or private international law*, p. 122-124.
(2) Brocher, *Nouveau traité de Droit international privé*, p. 113.

tienne : vue de près, l'idée du légiste américain s'évanouit comme un vain rêve.

200. Le mariage, dit Wharton, n'est pas un contrat. Un contrat dépend entièrement de la volonté des parties contractantes; c'est une loi que les parties se font elles-mêmes, comme le dit le code Napoléon : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (art. 1134). Alors même que le législateur détermine les conditions et les effets des contrats, il n'entend pas imposer ses règles aux parties intéressées : le législateur français le dit d'un contrat qui touche de près au mariage, des conventions matrimoniales : « La loi ne régit l'association conjugale, *quant aux biens*, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos » (art. 1387). Il est d'évidence que les époux ne jouissent pas de cette liberté pour ce qui concerne l'union des personnes; ici c'est la loi et la loi seule qui dispose, commande et prohibe, elle n'abandonne rien à la liberté des contractants. Si c'est là ce que Wharton veut dire, il a parfaitement raison, mais aussi cela n'a jamais été contesté. Et de ce que les conditions et les effets du mariage ne dépendent pas de la volonté des époux, conclura-t-on que leur union ne repose pas sur un contrat? Même dans les contrats d'intérêt pécuniaire, les parties ne jouissent pas d'une entière liberté : le code Napoléon le dit des conventions matrimoniales; les futurs époux ne peuvent pas déroger aux bonnes mœurs ni à l'ordre public; ces restrictions à la liberté n'empêchent point que leurs conventions forment un contrat. Il en est de même de l'union des personnes. C'est encore le code Napoléon qui le dit, en termes très expressifs : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » (art. 146). Ainsi le mariage se forme par un concours de volontés; et le concours de consentement ne constitue-t-il pas l'essence du contrat?

Ce qui a trompé Wharton c'est que le mariage n'a point le caractère ni les effets des contrats ordinaires où il n'y a que des intérêts pécuniaires en jeu. Le code Napoléon contient deux chapitres sur les obligations qui naissent du

mariage, et sur les droits et les devoirs respectifs des époux. Il y a donc des devoirs et des obligations qui naissent du mariage. Voilà une preuve certaine que le mariage est un contrat; car ce qui caractérise le contrat, c'est qu'il engendre des obligations. Mais à côté de l'analogie, il y a des différences. Les obligations sont sanctionnées par l'exécution forcée. En est-il de même de celles qui naissent du mariage? Oui, quand elles ont pour objet des intérêts pécuniaires : telle est la dette alimentaire; tel est encore le devoir d'éducation, en ce qui concerne les dépenses. On a essayé d'étendre l'exécution forcée aux devoirs moraux, tel que la cohabitation. A mon avis, c'est une erreur : la force est impuissante à maintenir la vie commune, quand l'union des âmes a fait place à la division et à la haine.

Il y a encore une différence entre le mariage et les contrats d'intérêt pécuniaire. Ceux-ci peuvent être révoqués du consentement mutuel des parties, il n'en est pas de même du mariage; il est contracté dans un esprit de perpétuité, parce qu'il est ou doit être l'union des âmes, et les âmes ne s'unissent pas à temps, elles aspirent à une union éternelle. Toutefois, ici encore il y a des analogies entre le mariage et les autres contrats. Les conventions, en général, peuvent être révoquées pour les causes que la loi autorise. Il en est de même du mariage; il peut être dissous par le divorce. Wharton rejette le divorce; sur ce point il est en contradiction avec sa théorie du mariage chrétien. L'Eglise a longtemps admis le divorce, les Grecs l'admettent encore; Jésus-Christ même, au témoignage de saint Matthieu l'autorisait pour cause d'adultère. L'Eglise catholique l'a remplacé par la séparation de corps, qui est aussi un divorce, puisqu'il rompt la vie commune, et qu'il constate la rupture du lien des âmes : mauvaise institution qui a tous les inconvénients du divorce, sans en présenter les avantages.

En définitive, le mariage est un contrat parce qu'il se contracte par concours de consentement; mais c'est un contrat d'une nature particulière, qui a pour objet, non des intérêts d'argent, mais l'union des âmes. L'objet du

contrat n'en altère point l'essence juridique. Chose singulière, et voici une des grandes contradictions de Wharton. Le mariage chrétien qu'il préconise est celui qui préexistait au concile de Trente; or, c'est un fait certain que, jusqu'au seizième siècle, les mariages clandestins étaient considérés comme valables par l'Eglise, et ces mariages n'étaient autre chose qu'un contrat, se formant par concours de volontés. Ainsi le légiste anglais nie d'une part que le mariage soit un contrat, et d'autre part son mariage chrétien n'est autre chose qu'une convention!

Quels sont les témoignages sur lesquels Wharton fonde son étrange théorie? Il invoque l'autorité de Stahl, qui à ses yeux est grande et à titre de jurisconsulte et à titre de philosophe. Si le publiciste américain faisait un nouveau tour d'Allemagne, il n'entendrait plus prononcer le nom de ce rhéteur orthodoxe, sinon pour le combattre; on ne se donne même plus cette peine : l'histoire, cette manifestation des desseins de Dieu, lui a donné un éclatant démenti. L'Etat chrétien a fait place à l'Etat constitutionnel, et le protestantisme orthodoxe comme le catholicisme romain s'en vont à grands pas; la religion se modifie comme l'Etat, elle est en voie de devenir une morale, et une morale progressive qui dépasse dès maintenant la morale chrétienne. Et que dit Stahl? Ce que je viens de dire : que le mariage n'est pas dans le domaine de l'individu, mais de la loi; que le consentement n'a pas pour objet des intérêts pécuniaires, mais la personne des époux. Qui a jamais dit le contraire? Stahl est obligé de reconnaître, et qui pourrait le nier, que le mariage se forme par le consentement, et comment peut-on nier qu'un fait juridique qui exige le concours de volontés, comme condition de son existence, est un contrat?

Wharton invoque encore le témoignage de Story; et que dit le jurisconsulte américain? Que le mariage est quelque chose de plus qu'un contrat; donc c'est un contrat; mais cette convention est bien au-dessus de celles qui règlent des intérêts pécuniaires. Qui en a jamais douté? Qui a songé à mettre sur la même ligne le mariage et la vente ou le louage? Wharton pourrait citer des centaines d'au-

torités qui toutes disent la même chose, à savoir que le mariage est un contrat, mais que ce contrat qui se forme par l'union des âmes, qui constitue la famille, qui est le fondement de la société et de l'ordre moral, doit être régi par d'autres lois que les conventions d'intérêt privé.

201. Le mariage, dit Wharton, n'est pas un contrat, c'est une institution qui repose sur le christianisme. Voilà le préjugé que j'ai combattu dans l'Introduction historique de ces Etudes. Est-ce que notre société moderne et notre civilisation procèdent exclusivement du christianisme? Pour le soutenir, il faut ignorer les premiers éléments de l'histoire, et il faut ignorer les lois qui régissent le développement progressif de l'humanité. Je m'en tiens au mariage, et je demande si la Grèce et Rome n'auraient aucune part dans le mariage que l'on appelle chrétien, de même qu'elles ont une large part dans la civilisation moderne? Un juge anglais va nous dire ce que c'est que le mariage chrétien. Il s'agissait du mariage des Mormons, que le jugement déclara nul et de nul effet, comme entaché de polygamie : « Le mariage est plus qu'un contrat, soit religieux, soit civil, c'est une institution. Il n'en résulte pas seulement des droits et des obligations, comme des contrats en général; le mariage crée un état, l'état de mari et femme, il donne la légitimité aux enfants qui en naissent. Les lois de tous les peuples chrétiens le reconnaissent. Quelle est donc la nature de cette institution telle que le christianisme l'entend? Elle peut avoir des caractères particuliers dans les divers pays, mais ces particularités ne sont qu'une chose accidentelle; l'essence du mariage est partout la même : c'est l'union volontaire, pour la vie, entre un seul homme et une seule femme, à l'exclusion de tous autres. » Ainsi l'institution chrétienne du mariage n'est autre chose que la monogamie. Si l'on demandait au juge anglais et à Wharton d'où ils savent que la monogamie est une institution chrétienne? Il faut appeler les choses par leur nom, c'est l'aveuglement qui est la suite fatale de la révélation et de l'orgueil qu'elle inspire aux croyants, orgueil qui survit à la croyance orthodoxe. La monogamie existe chez toutes les nations

chrétiennes; elle distingue le mariage, tel que nos lois l'organisent, du mariage polygamique, or tout ce qu'il y a de grand, de moral, dans la civilisation chrétienne ne peut venir que du christianisme. Donc la monogamie est une institution chrétienne. Voilà l'argumentation, disons mieux, l'aveuglement; ce n'est pas une erreur particulière à Wharton, elle est partagée par tous ceux qui se disent chrétiens; le juge anglais tient un langage identique à celui du légiste américain; et l'aveuglement est encore bien plus complet chez les catholiques; plus on est orthodoxe et plus on est aveugle.

J'oppose au préjugé chrétien le témoignage du bon sens et des textes authentiques. Lawrence dit, dans son commentaire sur Wheaton : « Sans méconnaître le moins du monde les bienfaits innombrables du christianisme, il faut avouer qu'il n'est pas complètement exact d'attribuer à ses doctrines le mariage monogame. Il se peut que les expressions *christianisme* et *civilisation* soient aujourd'hui synonymes; mais nous qui avons tant d'obligations aux Grecs et aux Romains, *nous ne pouvons ignorer leurs législations*. La monogamie est plutôt l'indice d'un *progrès humanitaire* que l'effet d'un dogme quelconque. « La polygamie n'était pas seulement tolérée chez le peuple choisi de Dieu, comme le dépositaire de ses lois et le précurseur de la chrétienté, elle était aussi autorisée par l'exemple des patriarches eux-mêmes. D'autre part, la polygamie n'était une institution légale, ni en Grèce ni à Rome : la monogamie existait en principe, et l'union de l'homme et de la femme par le mariage constituait, comme à présent, le plus important contrat de la vie humaine. » Ainsi l'*institution* qui, d'après Wharton, reposerait sur le christianisme nous vient de la Grèce et de Rome païennes! Il y en a un témoignage authentique dans les lois romaines. Le christianisme ne fut adopté comme religion officielle de l'empire qu'en l'année 313. Et le jurisconsulte Modestin, qui fut consul en l'an 228, définit le mariage en ces termes : « Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ et *consortium omnis vitæ*, divini et humani juris communicatio. » Cette définition fut reproduite par un empereur

catholique, après six siècles de christianisme; Justinien omit seulement les mots qui se rapportent au culte des dieux domestiques (1).

202. Qu'est-ce en définitive que cette institution chrétienne et pourquoi l'appelle-t-on mariage *chrétien?* Wharton en donne une singulière explication, laquelle conduit à des conséquences encore plus singulières. Le mariage, comme institution chrétienne, a été réglementé par le droit canonique. Ces canons sont l'œuvre des conciles, et les conciles étaient les Etats généraux de la chrétienté; toutes les nations y étaient représentées, et l'on y votait par nations; les rois y assistaient ou y envoyaient leurs délégués; enfin les décrets des conciles devaient être reçus dans les divers pays pour y être obligatoires. A ce titre les canons sont la loi commune de la chrétienté. Il en fut ainsi jusqu'à la révolution religieuse du seizième siècle. Le concile de Trente ne fut pas un concile général, les Etats protestants n'y ayant pas été représentés, et les princes catholiques mêmes n'y intervinrent pas activement; aussi ses décrets ne furent-ils pas reçus dans une grande partie de l'Europe (2).

En supposant que tout cela soit vrai, il resterait à établir que le mariage chrétien fut institué par des conciles généraux antérieurs à celui de Trente, car le légiste anglais rejette celui-ci en le considérant comme une loi locale dérogeant au droit commun de la chrétienté. Or, il se trouve que le concile de Trente est le seul concile général qui se soit occupé du mariage, et il réforma comme abusif le mariage tel qu'il existait antérieurement. Qu'était-ce que le mariage chrétien avant le concile du seizième siècle? Il se formait par le seul consentement, comme cela s'était fait chez les Grecs et les Romains; il y avait des cérémonies religieuses, le prêtre bénissait régulièrement l'union des époux, mais cela n'était pas de l'essence du mariage; ce qui le prouve, c'est que les mariages clandestins étaient considérés comme valables. Que l'on

(1) Lawrence, *Commentaire sur les éléments de droit international de* Wheaton, t. III, p. 270-273.
(2) Warthon, *Private international law*, p. 157, nº 171.

veuille bien nous dire ce qu'il y a de *chrétien* dans cette *institution?* Et que l'on veuille bien nous citer les conciles généraux qui décrétèrent que le mariage se parfait par le consentement des futurs époux, sans intervention aucune de l'Eglise? La proposition est absurde et contradictoire dans les termes. Il n'y a pas eu de concile général avant celui de Trente qui ait réglé les conditions du mariage : que vient-on donc nous parler des Etats généraux de la chrétienté, et du vote par nations? Cela est vrai des conciles du quinzième siècle, cela n'est pas vrai des conciles du moyen âge, où l'on ne savait pas encore ce que c'étaient que les nations, par l'excellente raison que les nations n'étaient pas formées, et n'avaient pas conscience de leur existence indépendante. Tout est donc erreur dans cette théorie du mariage chrétien. Dire qu'un mariage est chrétien, ou une institution chrétienne, c'est dire que la religion s'y mêle, pour mieux dire, que c'est une institution essentiellement religieuse. C'est la doctrine romaine, celle de Pie IX et de Léon XIII, qui considèrent le mariage comme un sacrement institué par Dieu, et qui flétrissent comme un concubinage toute union qui n'est pas célébrée par l'Eglise. Chose singulière, cette flétrissure frappe l'*institution chrétienne* de Wharton ; car son mariage soi-disant chrétien est un vrai contrat civil, païen même, puisqu'il nous vient de la Grèce et de Rome. C'est une confusion complète de toutes choses ; l'histoire est altérée, la doctrine est faussée, le dogme, tel que l'Eglise l'entend, est vicié.

203. J'arrive aux conséquences pratiques de la prétendue institution chrétienne (1). Le concile de Trente est le seul concile général qui ait porté des décrets sur le mariage ; il le considère comme un sacrement, et par suite la célébration en face de l'Eglise comme une condition essentielle de son existence. Hors de là il n'y a rien que concubinage. Wharton rejette le concile de Trente comme droit commun de la chrétienté. Que reste-t-il? Les canons antérieurs? Il n'y en a point. Sauf par-ci par-là

(1) Wharton, *Private international law*, p. 167, n° 173.

une lettre d'un pape, ou le décret d'un synode que l'on cite pour prouver qu'avant le concile de Trente le mariage ne devait pas être célébré en face d'Eglise pour être valable; que le consentement des époux suffisait. Wharton fait de cet état de choses une *institution chrétienne*. Quant au concile de Trente, il ne lui reconnaît qu'une autorité locale dans les pays où il a été reçu et publié. Il en est de même des lois qui ont été portées sur le mariage, dans les divers Etats de l'Europe : ce sont des lois territoriales qui n'ont aucune autorité internationale. Toutes ces lois exigent, pour la validité et pour l'existence même du mariage, que l'union des époux soit célébrée par un prêtre, ou par un officier public. Dans les temps modernes le mariage a été presque partout sécularisé, ce qui ne veut pas dire que le consentement des époux suffit pour le valider; le mariage est, à la vérité, un contrat civil qui exige le consentement pour son existence, mais il y a une autre condition prescrite pour qu'il existe, c'est qu'il soit célébré par un officier civil : c'est une condition tout aussi essentielle que celle du consentement. Il en était déjà ainsi dans notre ancien droit, où le propre curé des parties était un agent délégué par l'Etat pour solenniser le mariage; aujourd'hui le ministre du culte est remplacé par l'officier de l'état civil, en France, en Belgique, en Italie, en Allemagne. Si l'intervention d'un officier spécial est requise pour l'existence du mariage, c'est parce que la société est intéressée à ce que l'union des époux soit contractée publiquement, avec l'observation de toutes les conditions que la loi prescrit. Cela met fin aux abus et aux scandales des mariages clandestins; et ce sont aussi ces scandaleux abus qui ont provoqué le décret du concile de Trente, comme l'attestent les longues discussions qui ont eu lieu sur la clandestinité du mariage, abus inévitables quand le mariage se parfait par le seul consentement.

Wharton écarte le concile des Trente et les lois particulières, pour s'en tenir au droit canonique antérieur sur le mariage. C'est ne tenir aucun compte du développement progressif de l'institution qu'il voudrait ramener à son berceau, au lieu d'accepter les modifications qu'elle a

subies dans le cours des siècles. Les lois qui ont sécularisé le mariage ont réalisé un immense progrès; d'abord, elles ont affranchi de la domination de l'Eglise un contrat sur lequel reposent la société civile et l'ordre moral; tandis que l'idée du mariage, considéré comme institution chrétienne, conduit logiquement à faire du mariage un acte religieux, ce qui le subordonnerait à l'autorité de l'Eglise. Ensuite le mariage civil, avec l'intervention d'un officier public, donne seul à l'union des époux la publicité qui prévient les abus de la clandestinité, et il lui assure aussi son caractère essentiel, celui d'une société contractée pour la vie ; tandis que si le consentement seul suffit, on ouvre la porte à tous les abus qui ont déshonoré la chrétienté au moyen âge, et qui se sont perpétués là où les décrets du concile de Trente ne furent pas observés; c'est chercher l'idéal du mariage aux Etats-Unis, où les mariages se contractent à la promenade, sauf à nier ensuite qu'ils aient été contractés; c'est livrer au caprice et à l'instabilité des passions humaines une institution, sans laquelle il n'y a ni société ni moralité. Enfin, et cette considération aurait bien dû frapper l'auteur d'un traité sur le droit international privé; le mariage civil, célébré par un officier public, sans aucun caractère religieux, est le seul moyen de donner au mariage une existence universelle reconnue partout.

204. Wharton revendique cette universalité pour le mariage qui n'exige que le consentement des parties. Je comprendrais que cette idée soit venue à un théoricien; mais qu'elle ait fait illusion à un légiste américain, cela me surprend. Comment Wharton a-t-il pu fermer les yeux à ce qui se passe autour de lui, dans tous les pays civilisés ? Quand l'empire allemand a procédé à la revivion de ses lois sur le mariage, a-t-il remplacé l'union qui se contractait en face de l'Eglise par un contrat que le seul consentement forme ? L'Allemagne a fait ce que l'on avait fait en France et dans tous les Etats du continent; elle a institué des officiers de l'état civil, chargés de célébrer les mariages et de leur imprimer l'authenticité tout ensemble et l'irrévocabilité. Wharton, en voulant

faire du mariage par le consentement des parties une institution universelle, internationale, se heurte donc contre le véritable droit commun, celui qui dès maintenant règne dans tous les pays civilisés : le mariage civil célébré par un officier public.

C'est ce mariage qui seul pourra constituer une institution internationale, reconnue dans le monde entier. Il est d'évidence qu'un mariage qui s'appelle chrétien, et qui se fonde sur le droit canonique, ne sera jamais établi chez les peuples non chrétiens, qui forment cependant la majorité du genre humain. Pour que le mariage prenne un caractère universel, il faut le dépouiller de tout élément religieux, quand même la religion n'y figurerait qu'en apparence, comme dans le prétendu mariage chrétien de Wharton; il faut laisser là le droit canonique et s'en tenir au droit humain, tel que la révolution française l'a organisé. C'est au nom du droit naturel qu'elle a sécularisé le mariage et qu'elle en a fait une institution civile; voilà une idée universelle de sa nature, qui peut être adoptée dans tous les pays, quelles que soient les croyances religieuses qui les divisent. Il n'y a pas de religion plus intolérante que le catholicisme romain, mais il y a une force plus grande que celle de l'intolérance, c'est la puissance de la raison et de la vérité ; en dépit de l'ambition de l'Eglise, et malgré ses clameurs, le mariage civil a pénétré chez les nations catholiques. Dès lors, on ne doit pas désespérer de le voir établi chez des peuples non chrétiens, bouddhistes, mahométans, idolâtres même. Il suffit que la notion de l'Etat et de la loi se développent, pour que le mariage civil devienne possible. Et si ce mariage était partout adopté, le problème du droit international, en ce qui concerne le mariage, serait résolu.

Le principe est déjà consacré par le code Napoléon : « Le mariage contracté en pays étranger entre Français, et entre Français et étranger, sera valable, *s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays* ». Par identité de raison, un mariage contracté entre étrangers sera considéré comme valable en France, quant à la solennité, s'il a été célébré dans les formes prescrites par les lois locales. C'est

l'application au mariage du principe *Locus regit actum*, principe si bien fondé en raison et sur la nécessité des relations internationales, qu'on l'admet comme une règle du droit des gens. J'y reviendrai. Tandis que, dans l'état actuel des choses, les Européens qui se trouvent dans des pays non chrétiens, et même dans des pays catholiques, ne savent comment célébrer leur mariage, comme je le dirai plus loin. Wharton dira qu'il y a encore un moyen plus simple de valider les mariages que l'on est dans le cas de contracter à l'étranger, c'est de réduire l'essence du mariage au consentement, lequel peut se donner partout. Sans doute, mais le moyen n'est-il pas trop simple? Le concubinage a aussi lieu par concours de volontés; et comment savoir si le consentement a pour objet une union temporaire, qui n'est qu'une relation honteuse, ou s'il a en vue l'union des âmes? Et comment le prouver si l'union légitime ou illégitime s'est formée dans des pays lointains? Comment encore mettre ces unions, en les supposant contractées dans un esprit de perpétuité, à l'abri de l'instabilité des passions ? Il n'y a qu'une réponse à toute ces questions : c'est la célébration du mariage par un officier public.

§ II. *De la loi qui régit le mariage.*

N° 1. LA TRADITION FRANÇAISE ET LE CODE NAPOLÉON.

205. Quelle est la loi qui régit le mariage? Le mariage est le fondement de la famille, et la famille crée l'état dont les hommes jouissent dans la société. Ainsi la femme mariée change d'état, et tombe sous puissance; le mari acquiert la puissance maritale, ainsi que l'autorité paternelle; dans notre droit moderne, cette autorité appartient aussi à la mère. Les enfants mineurs sont sous puissance, et après la mort d'un de leur père et mère, la loi les met sous tutelle; un conseil de parents prend part à la gestion tutélaire. Si un membre de la famille est frappé d'aliénation mentale, il est interdit et on lui accorde un tuteur; s'il est seulement faible d'esprit ou prodigue, il est placé

sous conseil judiciaire, dans l'intérêt de la famille. On voit qu'il y a un lien intime entre la famille et l'état dont les personnes jouissent dans la société civile. Voilà pourquoi le code Napoléon ne les distingue pas; il comprend la *famille* sous le nom d'*état*, ce qu'il dit de l'état s'applique donc à la famille : « Les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger (art. 3) (1). » C'est ce que les anciens auteurs appellent un statut personnel. La terminologie de l'ancien droit n'est plus employée par les auteurs modernes : je ne sais si la science y a gagné. Les controverses n'ont pas cessé, notamment dans la matière du mariage, la confusion et l'incertitude que l'on reproche aux vieux statutaires, à partir des glossateurs, ont reparu sous d'autres noms et sous d'autres formes.

Tout est controversé, à commencer par le principe qui doit régir le mariage. Fiore, dans son traité de *Droit international privé* (2), dit qu'il y a plusieurs systèmes qu'il combat, pour s'en tenir au principe de nationalité ou de personnalité du code italien. Ce principe est aussi le mien, mais il est loin d'être généralement adopté. Les peuples de race anglo-saxonne le répudient, et s'en tiennent à la loi du lieu où le mariage est contracté. Voilà une première confusion, et elle touche à l'essence même des choses. On étend aux relations personnelles et de famille la maxime *Locus regit actum*, laquelle s'est introduite pour déterminer les formes extérieures ou instrumentaires des actes que les parties dressent de leurs conventions. C'est déjà donner une extension à l'adage traditionnel que de l'appliquer à la célébration du mariage qui n'est pas un acte, mais une solennité où l'autorité publique intervient pour consacrer un contrat qui est le fondement de l'ordre civil et moral. Les Anglo-Américains vont plus loin : non seulement ils s'en rapportent à la loi locale pour les formalités de la célébration, ils veulent que la capacité, les conditions, les effets du mariage dépendent du

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 211, nos 111 et 112.
(2) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 132, chap. V.

lieu, parfois fortuit, où il a été célébré. Ce n'est plus un principe, c'est un fait élevé à la hauteur d'un principe.

Il y en a, dit Fiore, qui s'en tiennent à sa volonté des parties contractantes. Ce serait une confusion plus impardonnable encore, que celle des légistes anglo-américains. Est-ce qu'un contrat qui est essentiellement d'ordre public, et qui est la base de la moralité, peut être régi par des conventions particulières? On confond sans doute les conventions relatives aux biens avec le contrat célébré par l'officier public; les premières dépendent de la volonté des parties; le code Napoléon le dit, et cela est d'évidence (art. 1387), mais le code ajoute que les parties ne peuvent pas déroger aux bonnes mœurs, ni aux lois d'ordre public; c'est-à-dire que le mariage, comme union des personnes, est placé en dehors et au-dessus des conventions des parties intéressées.

Les Allemands sont restés attachés au principe du domicile qui, dans l'ancien droit, déterminait la loi des parties en ce qui concerne les relations d'état et de capacité. On a fait de cette maxime traditionnelle une règle en disant que la loi du domicile matrimonial est celle qui régit le mariage et ses effets. Ici la confusion dont je viens de parler reparaît. Les anciens auteurs admettaient la personnalité des lois qui régissent l'état et la capacité ou l'incapacité qui en résulte; et pour savoir quelle était cette loi personnelle, ils s'en rapportaient au domicile des parties. Il s'agissait donc surtout d'intérêts privés, tandis que le mariage est d'intérêt public, tout ensemble et d'intérêt privé; de là une grande difficulté, pour distinguer les lois que les anciens appelaient réelles, parce que le droit public de chaque pays y joue un rôle, et les lois dites personnelles, qui suivent la personne partout où elle se trouve. Le système que je signale confond ces deux ordres d'idées.

Dans le système italien, on prend comme point de départ la personnalité des lois qui régissent les intérêts privés, et l'on maintient la réalité des lois territoriales quant aux conditions du mariage. N'est-ce pas dépasser les bornes dans lesquelles la loi locale est souveraine? Je pose des questions que je vais essayer de résoudre. D'après le plan

de ces Etudes je commence par exposer la doctrine française qui est aussi celle de la Belgique.

206. La tradition française est d'une incertitude extrême en cette matière. Nous allons entendre un de nos meilleurs jurisconsultes, Bouhier, président du parlement de Bourgogne. Il commence par dire que les *formalités de la célébration du mariage* peuvent fournir matière à divers doutes : « Je sais bien qu'on tient communément qu'il faut à cet égard suivre l'usage des lieux où le mariage est célébré. C'est non seulement l'avis des canonistes, mais aussi celui de nos jurisconsultes. Mais, continue Bouhier, cela s'étend-il aux précautions qui ont été sagement prises par les ordonnances de nos rois pour empêcher le mariage des enfants de famille sans l'*aveu de leurs pères et mères*, ou des mineurs sans le consentement de leurs *tuteurs* ou *curateurs?* Il semble qu'il y ait un grand inconvénient à en dispenser des jeunes gens qui, pour éluder les ordonnances, iraient se marier chez des étrangers, soit avec une étrangère, soit même avec une Française. Ainsi Bouhier considère comme faisant partie des *formalités de la célébration du mariage* le *consentement* des *parents* ou des *tuteurs*. Comment cet excellent jurisconsulte n'a-t-il pas vu qu'il confondait deux ordres d'idées tout à fait différents, les *formalités extérieures*, et les *conditions intrinsèques*, les premières dépendant des lois locales, les autres formant le statut personnel? Il faut nous arrêter sur cette confusion, qui règne dans la tradition, parce qu'elle explique la confusion qui règne dans un droit essentiellement traditionnel, celui des Anglo-Américains.

« Pour en dire mon sentiment, continue Bouhier, je crois qu'il serait trop dangereux d'autoriser un Français et une Française, qui, ayant envie de se marier ensemble, et craignant quelque obstacle de leurs pères, mères, tuteurs ou curateurs, iraient, de concert, contracter mariage dans un pays où nos ordonnances, à cet égard, ne sont pas suivies; car c'est une règle du droit canonique même que ce qui est défendu par une voie ne doit pas être permis par une autre. Leur mauvaise foi fait qu'ils ne méri-

tent aucune indulgence. » Il y a ici une nouvelle confusion, pleine de dangers. Bouhier n'admet l'application des ordonnances françaises, en ce qui concerne le consentement aux mariages que les Français contractent, que s'ils sont de mauvaise foi. Eh! qu'importe leur bonne ou leur mauvaise foi? Est-ce que le consentement des parents n'est pas une condition intrinsèque du mariage, et partant un statut personnel, et ce statut ne régit-il pas les Français partout où ils résident, alors même qu'ils ne songeraient point à frauder leurs lois nationales?

« On en peut dire autant, dit Bouhier, d'un fils de famille français qui, trouvant une Française dans les pays étrangers, l'épouserait à l'insu de ses père et mère. L'un et l'autre sont soumis aux ordonnances de France et doivent en savoir la teneur. »

« Mais la difficulté peut être plus grande dans le cas où un Français étant allé dans un pays étranger, sans aucun dessein de se marier, y trouve fille ou femme veuve à son gré, la recherche en mariage et l'épouse; car, si ce mariage est célébré dans les *formes* usitées au pays de cette femme, elle est censée de bonne foi, n'étant pas obligée d'être instruite des lois de France. Or, la bonne foi de l'une des parties est extrêmement considérée, comme on sait, en fait de mariage. » Nouvelle confusion. D'abord ce n'est pas une question de bonne foi, c'est une question de statut. Le Français qui se marie à l'étranger reste soumis aux ordonnances françaises, en ce qui concerne la nécessité du consentement requis pour son mariage. Qu'importe la bonne foi de la femme? Qu'importe même sa propre bonne foi? La bonne foi n'empêche pas le mariage d'être nul; seulement, après l'annulation, les effets du mariage putatif seront maintenus dans l'intérêt de l'époux qui était de bonne foi en le contractant. Il y a encore confusion en ce qui concerne l'importance que Bouhier attache à la nationalité de la femme. Le Français est régi en pays étranger par son statut personnel, quelle que soit la nationalité de la femme qu'il épouse. Chacune des parties doit être capable, et la capacité de chacune est réglée par son statut national.

Bouhier cite à l'appui de sa doctrine la jurisprudence des parlements : « Il y a un premier arrêt du parlement de Paris, du 26 mars 1624, au sujet d'un jeune homme de cette ville, âgé de dix-neuf ans seulement, et qui, ayant père et mère, s'était marié à leur insu, en Lorraine, avec une fille de ce pays-là. Il y en a un second du même parlement, du 26 juin 1634, rendu en faveur d'une Savoyarde qu'un Français âgé de vingt-six ans avait épousée à Chambéry, sans publication de bans, et sans en avertir sa mère qui impugnait ce mariage. Il y en a un troisième du parlement de Provence en faveur d'un fils de famille, mineur, qui, étudiant à Avignon, y avait épousé une veuve, majeure, sans publication de bans, et sans que le père du jeune homme en eût été averti. Tant d'arrêts uniformes semblent former une jurisprudence certaine en ce royaume (1). » Fût-elle unanime, la jurisprudence s'est trompée, ainsi que Bouhier. Nous allons voir que le code Napoléon a rétabli les vrais principes. Ils sont si élémentaires, dans la théorie des statuts, que l'on s'étonne de l'erreur où sont tombés les parlements et Bouhier à leur suite. Je ne me l'explique que par le pouvoir que les parlements s'étaient arrogé de décider en équité : quand la bonne foi des parties ou de l'une d'elles semblait exiger que le mariage fût maintenu, les parlements se mettaient au dessus de la rigueur du droit; ils oubliaient que le premier devoir du juge est d'obéir à la loi.

207. Le code Napoléon a mis fin à l'arbitraire et à la confusion qui régnaient dans l'ancien droit. Des Français se marient à l'étranger soit entre eux, soit avec des étrangers. Quelles sont les conditions requises pour la validité du mariage? Le code ne répond pas, comme le font les Anglo-Américains, que l'on doit suivre la loi du pays où le mariage est célébré; il ne confond pas, comme le faisaient Bouhier et les parlements, les formalités de la célébration avec les conditions intrinsèques du mariage; il distingue ces deux ordres d'idées essentiellement diffé-

(1) Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, ch. XXVIII, nos 59 66 (Œuvres, t. Ier, p. 773).

rents. Quant aux solennités, l'article 170 décide que le mariage sera valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays : c'est l'extension à la célébration du mariage de la maxime traditionnelle *Locus regit actum*. Voilà la part faite à la loi du lieu où le contrat se passe. Quant aux conditions requises pour la validité intrinsèque du mariage, capacité, âge, consentement des parents, empêchements, l'article 170 porte que les Français y restent soumis à l'étranger. C'est l'application de l'article 3 sur l'effet des lois concernant l'état et la capacité des personnes. On voit que le législateur lui-même applique le statut personnel aux relations de famille. Portalis, l'orateur du gouvernement fait de même en exposant les motifs de l'article 3 : « Un Français, dit-il, ne peut faire fraude aux lois de son pays pour aller contracter mariage en pays étranger, sans le consentement de ses père et mère, avant l'âge de vingt-cinq ans. Nous citons cet exemple entre mille, pour donner une idée de l'étendue et de la force des lois personnelles » (1). Portalis a tort de parler de *fraude;* on pourrait induire de ses paroles que le code consacre les distinctions que faisaient les parlements et Bouhier à leur suite. Il n'en est rien. L'article 3 ne mentionne pas la fraude, ni la bonne foi; les lois personnelles, en vertu de leur nature, sont attachées à la personne et la suivent partout. Le code déroge, en ce point, à l'ancien droit. Il y déroge encore sous un autre rapport. Pour déterminer quelle est la loi personnelle qui régit la personne partout où elle se trouve, on avait égard jadis au domicile; le code rejette la tradition en faisant dépendre la loi personnelle de la qualité de Français, c'est-à-dire de la nationalité. Je renvoie à ce que j'ai dit sur cette innovation dans l'exposé des principes généraux du droit civil international (2).

Le code Napoléon rejette encore une autre erreur que je viens de signaler, et sur laquelle je serai obligé de revenir. Il ne donne aucune autorité aux parties contrac-

(1) Portalis, *Second exposé des motifs du Titre préliminaire*, n° 13 (Locré, t. Ier, p. 304).
(2) Voyez le t. II de ces *Etudes*, p. 185, nos 97 et 98.

tantes, en ce qui concerne les conditions du mariage; elles sont soumises à la loi française, qu'elles le veuillent ou non; rien ne dépend de leur volonté. La loi n'admet qu'une exception à cette règle, pour les formes de la célébration du mariage, elles sont réglées par la loi du lieu où le mariage a lieu; l'exception consiste seulement en ce que la loi étrangère prend ici la place de la loi nationale, de sorte que, sous aucun rapport, le mariage n'est dans le domaine de la liberté. Rien de plus naturel; le mariage est d'ordre public, et il est le fondement de la moralité; or, l'article 6 établit une règle, déjà admise en droit romain, c'est qu'on ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Il n'en est pas de même des conventions que font les futurs époux relativement à leurs biens; ici les parties contractantes ont pleine liberté. L'article 1387 porte : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, *qu'à défaut de conventions spéciales*, que les époux peuvent faire *comme ils le jugent à propos;* » et ce qu'ils ont fait leur tient lieu de *loi* (art. 1134). C'est dire qu'en cette matière les parties sont législateurs, ce n'est pas une question de *statut*, c'est une question de *volonté*. Je renvoie aux principes généraux de droit civil international (1).

N° 2. LE DROIT ANGLO-AMÉRICAIN, OU LA LOI DU LIEU OU LE MARIAGE EST CÉLÉBRÉ.

208. Les cours d'Angleterre, dit Story, considèrent comme valable partout le mariage qui est valable d'après la loi du lieu où il a été célébré. Et telle est aussi la jurisprudence des cours américaines (2). Ce principe n'est pas spécial au mariage; c'est une règle générale qui régit tous les contrats et que l'on applique également au mariage. Et il ne faut pas croire qu'il s'agit seulement de la forme de la célébration, j'ai dit, en exposant les principes généraux du droit civil international, que les Anglo-Américains

(1) Voyez le t. II de ces *Etudes*, p. 379, n° 210.
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 80, § 79 (de la 7e édition).

entendent la maxime traditionnelle *Locus regit actum*, en ce sens que toutes les conditions requises pour la validité des conventions, sont déterminées par la loi du lieu où le contrat se passe; et ils appliquent le principe ainsi entendu au mariage. C'est une des règles fondamentales de notre science dans la doctrine anglo-américaine. Story la formule dans les termes suivants : « Un acte est fait, un droit est acquis, un contrat est passé, en dehors du domicile de la personne intéressée, et relatif à des biens qui ne sont pas situés là où elle est domiciliée; on suivra, en ce qui concerne l'*état*, la *capacité* et la *condition de la personne,* la loi du lieu où le fait juridique se consomme. » C'est un principe tout contraire à celui que le code Napoléon établit dans l'article 3; le droit anglo-américain ne reconnaît pas de statut personnel. L'exemple que Story donne, en l'appliquant au mariage, est le même que Portalis a cité, en expliquant les motifs de l'article 3. Un mineur contracte mariage en pays étranger sans le consentement de ses parents; cette union sera-t-elle valable si la loi locale n'exige pas le consentement, et que la loi personnelle de l'incapable fasse du consentement une condition essentielle de la validité du mariage? Portalis dit non, Story dit oui. « Une personne est mineure jusqu'à vingt-cinq ans, d'après sa loi personnelle, et partant incapable de contracter là où elle est domiciliée ; elle contracte dans un pays où la majorité est fixée à vingt et un ans; le mineur sera considéré comme majeur, et capable, il pourra consentir toute espèce de contrat, même se marier. » Story applique aussi cette règle aux effets du mariage; l'un des plus considérables concerne la capacité de la femme mariée. La femme qui se marie dans un pays coutumier ne pourra s'y obliger sans autorisation de son mari, même pour l'administration de ses biens; si elle contracte ensuite dans un pays de droit écrit, elle sera capable de faire tous actes d'administration sans autorisation maritale (1). C'est la négation du statut personnel; Story l'avoue, que dis-je? il en fait une règle fondamen-

(1) Story, *Conflict of laws,* p. § 138, § 102, et p. 139, § 103.

tale du droit international privé, tel que les Anglo-Américains l'entendent (1).

209. Il ne faut pas demander aux Anglo-Américains la raison des règles qu'ils établissent. Nous venons d'entendre Story; il ne dit pas qu'il est de principe que l'on doit suivre la *lex loci contractûs* ou *actûs;* en motivant ce principe Story dit : les cours d'Angleterre et des Etats-Unis jugent et décident en tel sens. Quand la jurisprudence change, le droit change. Le droit est un fait, il n'est pas l'expression de la justice éternelle. Voilà pourquoi les légistes ne sont pas étonnés des étranges conséquences auxquelles conduit la loi du lieu du contrat. Une personne majeure et capable à vingt et un ans devient subitement incapable quand elle met le pied sur un territoire où l'on n'est majeur et capable qu'à vingt cinq ans. Les Italiens se récrient, et demandent si un Lapon dont le développement intellectuel est retardé par les rigueurs du climat deviendra subitement un Italien, dont l'intelligence mûrit plus tôt sous la bienfaisante influence du soleil du midi; et si un Italien deviendra un Lapon quand par hasard il met le pied sur la terre froide du nord (2). Cela ne choque pas les légistes anglais et américains. Il y a bien d'autres choses qui nous choquent dans leur *common law*. Elle remonte jusqu'au onzième siècle, et elle est restée féodale dans son essence, parce que Guillaume le Conquérant a implanté la féodalité dans le sol de l'Angleterre : les jurisconsultes français et italiens, qui ne connaissent la féodalité que par l'histoire, demandent si notre société est encore celle des Normands du onzième siècle, et si l'état social changeant, le droit ne doit pas changer. Les règles que Story établit comme bases de notre science sont aussi des principes féodaux; je l'ai démontré dans l'Introduction historique de ces Etudes (3). La loi du lieu où le mariage est célébré est la loi territoriale, et la loi du territoire exerce un empire absolu sur les personnes et les choses. Pour mieux dire, sous le régime féodal, la terre

(1) Voyez le IIe volume de ces Etudes, p. 145, no 77.
(2) Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 50 52.
(3) Voyez le t. Ier de ces Etudes, p. 544, no 377.

absorbe l'homme, c'est la terre qui est souveraine, ou serve; l'air asservit; les personnes sont à la merci du pouvoir absolu que donne la souveraineté territoriale sur tous ceux qui se trouvent sur le territoire; l'aubain est assimilé au serf, le naufragé est dépouillé. De là date le principe qui a eu un si long retentissement dans notre science, que toute *coutume* est *réelle*, c'est-à-dire *souveraine*, et l'on entendait par là une souveraineté absolue. Il est inutile de continuer cette critique du principe que les Anglo-Américains appliquent au mariage : je l'ai faite dans tout le cours de ces Etudes (1); ici je me borne à ajouter un mot sur les conséquences qui découlent de leur doctrine, si l'on peut donner ce nom à un fait.

210. Ce qui frappait Portalis quand il expliquait la nature et les effets des lois personnelles, c'est la facilité que les Français trouveraient à éluder des prohibitions d'ordre public s'il leur était permis de contracter à l'étranger un mariage qu'il leur est défendu de contracter en France. Un jurisconsulte allemand qui a écrit une excellente dissertation sur notre science, Schäffner fait la même remarque; elle doit faire impression sur des esprits pratiques, tels que les légistes anglo-américains. Si l'on veut que le mariage soit ce qu'il doit être, l'union des âmes, il faut qu'il soit contracté sous des conditions qui garantissent une affection sérieuse et l'intelligence des devoirs qu'il impose aux époux. C'est dans ce but que le législateur français a reculé l'âge auquel le mariage peut se faire, et que pendant la minorité des enfants, il exige le consentement des ascendants et de la famille; il prolonge même la minorité jusqu'à vingt-cinq ans quand il s'agit des fils de famille. Et afin que le droit des ascendants ne soit pas éludé, la loi prescrit la publicité du mariage, qui est en même temps une garantie contre tous les abus qui résultent nécessairement des mariages clandestins. A mon avis, ces conditions ne sont pas même assez rigoureuses; je voudrais, comme Napoléon le disait au conseil d'Etat, que le mariage ne fût permis qu'aux majeurs. Que devien-

(1) Voyez le t. Ier de ces Etudes, n° 542 et suiv., et le t. IIe, p. 149 et suiv.

dront ces précautions, et que deviendra le mariage, si l'on permet à des enfants de douze ans de se marier à l'étranger (1)? Cependant les légistes anglo-américains vont jusqu'à valider des mariages contractés en fraude de la loi personnelle des parties (2). J'ai longuement discuté la question des actes faits en fraude de la loi nationale en exposant les principes généraux de notre science, et j'y reviendrai encore en traitant de l'application de ces principes au mariage. On peut différer d'avis sur la solution de ces difficultés quand il s'agit d'intérêts purement pécuniaires, mais j'ai de la peine à comprendre cette divergence d'opinions en ce qui concerne le mariage. Il n'est plus question de tiers dont les intérêts sont menacés par des contrats qu'ils feraient avec des incapables, sans connaître leur incapacité; les incapables eux-mêmes veulent faire fraude à leur incapacité, alors qu'ils sont déclarés incapables dans leur intérêt et dans l'intérêt de la société. La moralité publique est en cause, les générations nouvelles sont intéressées dans ce débat; et l'on permet que des lois qui tiennent à l'existence de l'ordre social et de l'ordre moral soient éludées par des enfants, à un âge où elles jouent encore avec leurs poupées.

La loi du lieu où le mariage est célébré ne doit s'appliquer qu'à la célébration du mariage. C'est le sens propre de l'adage *Locus regit actum*. Mais, chose singulière, les Anglais sont obligés de s'en écarter, précisément dans le cas où leur principe devrait recevoir son application. Je dirai plus loin les grandes difficultés que présente la célébration du mariage à l'étranger; dans les pays hors de chrétienté, en s'en tenant strictement à la maxime traditionnelle, on aboutit à une conséquence immorale, c'est que la célébration du mariage devient impossible. Ce n'est pas à dire que le principe soit faux, mais pour qu'il reçoive tout son développement, il faut que le mariage devienne une institution purement civile, tandis que les légistes anglo-américains aiment à le considérer comme une institu-

(1) Shäffner, *Entwickelung des Internationalen Privatrechts*, p. 128, § 102.
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 123, § 79.

tion chrétienne, partant religieuse. C'est une contradiction dans les termes.

Il y a un vice radical dans la théorie des légistes anglo-américains, c'est qu'ils mettent le mariage sur la même ligne que les contrats pécuniaires, en ce sens du moins qu'ils appliquent au mariage la loi qui, d'après eux, régit tous les contrats, celle du lieu où la convention se forme. Si l'on prenait cette assimilation au pied de la lettre, il en résulterait une conséquence qu'aucun jurisconsulte n'acceptera. Les conventions dépendent avant tout de la volonté des parties contractantes, puisque cette volonté fait leur loi : tandis que le mariage ne dépend en rien de leur volonté. Sur ce point, il ne saurait y avoir de doute. Mais de là naît une nouvelle difficulté. Si le mariage est en tout d'ordre public, n'en faut-il pas induire que la loi qui le régit est essentiellement *réelle*, pour me servir de la terminologie qui a longtemps régné dans notre science? Il est certain qu'il y a des conditions requises pour la validité du mariage, qui ont un caractère réel; mais ce serait aller trop loin que d'en conclure que tout, dans le mariage, est *réel*. Le principe anglo-américain prête à cette confusion, puisqu'il soumet le mariage à la loi du lieu où il est célébré, sans faire aucune distinction entre les divers ordres d'idées que présente un contrat aussi complexe. C'est une dernière critique du système que je combats; j'essayerai de résoudre les difficultés, et elles sont grandes, au fur et à mesure qu'elles se présenteront.

N° 3. DOCTRINE ALLEMANDE. LE DOMICILE MATRIMONIAL.

211. Deux illustres jurisconsultes, Merlin et Savigny, s'accordent à dire que la loi du domicile matrimonial régit le mariage. C'est un principe traditionnel, il nous faut donc voir avant tout comment la tradition l'entendait. Je crois que la tradition a été mal comprise, en ce sens qu'on lui a donné un extension que le principe du domicile matrimonial n'avait point dans l'ancien droit. Le domicile joue un grand rôle dans la théorie des statutaires; mais ils ne font pas de la loi du domicile une loi générale; loin

de là, c'est la loi du territoire qui forme le droit commun, toute coutume étant réputée réelle, c'est-à-dire renfermée dans le territoire. On faisait exception pour certains statuts que l'on appelait personnels, parce qu'ils étaient attachés à la personne et la suivaient hors du territoire. Comment savoir quelle était cette loi? On la déterminait par le domicile; tandis que, d'après le code Napoléon et d'après le code italien, c'est la nationalité qui est la source et le fondement des lois personnelles.

Reste à savoir ce que l'on entendait par le domicile matrimonial, et à quelles relations on appliquait la loi de ce domicile. Le domicile matrimonial était celui que les époux avaient en vue en se mariant; il dépendait d'eux de le choisir; ce qui marque déjà que la loi de ce domicile était étrangère à l'état et à la capacité, car la volonté des parties n'est pour rien dans une matière qui est d'ordre public : l'état est réglé par la loi, et non par les conventions des particuliers. Mais le domicile matrimonial avait une grande importance, en ce qui concerne le régime que les époux entendaient adopter quant à leurs biens : ce régime variait d'une coutume à l'autre, et il différait totalement dans les pays de droit coutumier et dans les pays de droit écrit, la communauté étant le droit commun dans les premiers, tandis que le régime dotal régnait dans les autres. Les futurs époux pouvaient adopter tel régime qu'ils voulaient; mais s'ils se mariaient sans contrat, sous quel régime étaient-ils placés? On supposait que leur volonté était de suivre la coutume du lieu où ils se proposaient de s'établir, ce qui régulièrement était la coutume du domicile du mari. La loi du domicile matrimonial n'avait donc de rapport qu'aux biens. Toutefois indirectement elle influait sur la capacité de la femme. En effet, la femme commune en biens était incapable de faire aucun acte juridique sans autorisation maritale; la femme dotale, au contraire, pouvait administrer librement ses paraphernaux, on lui permettait même de les aliéner. Mais là se bornait l'influence du domicile matrimonial sur l'état et la capacité des époux; il n'avait aucun rapport avec le mariage proprement dit, les conditions requises

pour sa validité, soit formalités de la célébration, soit conditions intrinsèques, âge, consentement des ascendants, empêchements.

212. Les statutaires français sont unanimes à cet égard. Dumoulin dit que tous les jours on demande, au palais, quelle est la loi qui régit les conventions matrimoniales et la dot? Est-ce la loi du lieu où le mariage est contracté? Non, c'est la loi du lieu où le mari est domicilié, et il ne s'agit pas de son domicile d'origine, mais de son domicile actuel. « Cela est admis par tout le monde, dit-il, et personne n'en doute (1). » Froland intitule le chapitre où il traite du domicile matrimonial : « Le *statut concernant la communauté de biens entre mari et femme,* s'il est personnel, réel ou mixte (2). » Boullenois est tout aussi explicite; mais comme le régime adopté par les époux influait sur l'état et la capacité de la femme, et, par suite, sur les droits du mari, il distingue l'*état de commun entre conjoints,* qu'il qualifie d'*état personnel* et qui diffère néanmoins grandement de l'*état public* qui est *indépendant de l'homme,* par exemple, la majorité, la minorité, l'interdiction. Il est évident que nous ne sommes pas majeurs, mineurs, ou interdits, par notre volonté, et en vertu d'une convention; tandis que l'*état de commun* dépend de la volonté des conjoints, puisqu'ils peuvent stipuler qu'ils seront non communs en biens; c'est le régime que le code Napoléon appelle *séparation de biens,* et sous ce régime, comme sous le régime dotal, la femme jouit d'une grande indépendance; elle est affranchie de la puissance maritale en ce qui concerne l'administration de ses biens; dans les pays de droit écrit, on admettait même que la femme pouvait disposer de ses paraphernaux sans autorisation maritale. Voilà donc, dit Boullenois, un *état personnel* dont l'*homme* est le *maître.* Il cherche ensuite à expliquer cette anomalie en disant que l'*état public* de mineur, de majeur, d'interdit, intéresse toutes les nations; ces états sont nécessaires pour

(1) Dumoulin, *Commentaires sur le Code*; *Conclusions sur les Statuts.* (*Opera* t. III, p. 555).
(2) Froland, *Mémoires sur les statuts*, p. 177 (partie II, ch. 1er).

entretenir entre les hommes une communication indispensable d'affaires et de négocations. » Voilà pourquoi ces états sont indépendants de l'homme. Il y a un autre statut personnel, celui de *commun entre conjoints,* qui n'intéresse pas le général des nations, ni même le général d'un royaume, mais simplement les familles ; cet état peut dépendre du choix des personnes quand aucune loi prohibitive ne s'y oppose. L'explication n'est pas très lumineuse, elle soulève une question plus grave, que Boullenois ne songe pas à discuter, celle de savoir si l'incapacité de la femme mariée est fondée en raison, et, par suite, s'il doit y avoir une puissance maritale. J'y reviendrai.

Toujours est-il que Boullenois a fait une remarque très juste en disant que l'*état de commun entre conjoints* est, en un certain sens, conventionnel, et alors naissait la question de savoir par quelle loi se déterminait la convention qui créait cet état. Boullenois répond que c'est la loi du domicile du mari, si ce n'est que le mari juge à propos d'établir son domicile dans celui de la femme. C'est ce qu'il appelle la *loi matrimoniale :* cette loi avait pour objet direct les biens, mais indirectement elle déterminait l'état de la femme (1). Il résulte de là une certaine confusion que l'on trouve chez les meilleurs jurisconsultes. En théorie on ne conçoit pas que la loi du mariage dépende du domicile que le mari avait en se mariant. En réalité, cette *loi matrimoniale* n'avait pour objet que les biens, elle n'était ni personnelle ni réelle, puisqu'elle dépendait, comme toutes les conventions relatives aux biens, de la volonté des parties contractantes : or, la loi que les parties se font comme elles le jugent à propos (ce sont les termes du code civil, art. 1387), n'est ni personnelle, ni réelle, comme je l'ai amplement démontré en exposant les principes généraux du droit civil international (2). Mais, par une singularité qui, à mon avis, est une inconséquence, la loi que les époux se font relativement à leurs biens réagit sur la capacité de la femme et

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 800-802, et les passages auxquels Boullenois renvoie.
(2) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 378 et suiv.

détermine les droits du mari en modifiant la puissance maritale.

Bouhier, le meilleur des jurisconsultes statutaires, commence par dire que la liberté publique et la faveur des mariages ont autorisé les époux, en se mariant, à adopter telle coutume qu'ils jugent à propos. En ce cas tout ce qui regarde le mariage, soit pendant sa durée, soit à sa fin, est régi constamment par cette coutume. Ainsi un homme domicilié en pays coutumier peut se marier sous le régime dotal usité dans les pays de droit écrit, et réciproquement un habitant des provinces du midi peut se marier sous le régime de communauté. S'il n'y a pas eu de contrat, à quelle loi sera soumis le régime des époux? C'est une question de volonté tacite, puisque tout dépend de la volonté des parties. Elle avait été vivement controversée; du temps de Bouhier la jurisprudence uniforme des parlements décidait qu'il fallait s'en rapporter à la loi du domicile que le mari avait lors du mariage; la raison en est, dit-il, que la femme, se mariant avec le dessein de suivre son mari dans le domicile où il a l'intention de se fixer, elle est censée se soumettre à la loi de ce domicile. Ainsi la loi du domicile marital est une loi tacitement convenue par les époux et tenant lieu de convention expresse. Cela prouve à l'évidence que la loi du domicile matrimonial est étrangère au mariage proprement dit, à l'union des personnes; elle ne regarde que les biens. Mais, par voie indirecte, la convention concernant les biens déterminait l'état et la capacité de la femme, selon qu'elle était femme commune, femme séparée, ou femme dotale. C'est ce que Bouhier constate sans discuter l'anomalie qui en résulte. La puissance maritale était un dogme dans l'ancien droit; toutefois Bouhier remarque que l'incapacité de la femme n'était pas uniforme partout, ce qui implique nécessairement que la puissance maritale variait. Ainsi le statut du domicile que les époux choisissaient en se mariant, soit expressément, soit tacitement, déterminait l'étendue du pouvoir que la femme avait pour tous les biens qui lui appartenaient, et en quelque lieu qu'ils fussent assis. Bouhier en conclut que le statut était person-

nel et qu'il suivait la femme partout où elle jugeait à propos de disposer. Il eût été plus exact de dire que le statut personnel et le statut conventionnel produisant le même effet, on les confond d'ordinaire. Au contraire, si les époux, en se mariant, établissaient leur domicile en un lieu où la femme n'avait pas besoin d'autorisation, elle jouissait partout de la même liberté, même pour les biens qu'elle possédait dans les coutumes où l'autorisation lui était nécessaire (1).

Pothier est la grande autorité quand il s'agit de la tradition française, les auteurs du code civil n'en ont guère consulté d'autre. Il a écrit deux traités, l'un sur le *Contrat de mariage,* c'est-à-dire sur l'union des personnes, l'autre sur la *Communauté,* qui était le régime de droit commun dans les pays de coutumes où il écrivait. Voici les premières lignes de son ouvrage sur la communauté : « Après avoir traité du mariage même et de la *puissance* qu'il donne au *mari* sur la *personne* et les *biens* de sa *femme,* il est de l'ordre de traiter des principales conventions qui l'accompagnent ordinairement et qu'on appelle *conventions matrimoniales.* » Pothier cite, à ce sujet, la coutume d'Orléans, sous l'empire de laquelle il vivait; elle portait (art. 202) : « En traité de mariage, et avant la foi baillée et bénédiction nuptiale, homme et femme peuvent faire et apposer telles *conditions, douaires, donations* et *autres conventions* que bon leur semblera. » Cette disposition, dit Pothier, n'est pas une règle locale et qui soit particulière à la coutume d'Orléans ; elle exprime sur ce point le droit commun. L'article 1387 du code Napoléon a reproduit le principe traditionnel. Reste à savoir quelle est la coutume qui régit les *conventions matrimoniales.* C'est en ces termes que l'on pose d'ordinaire la question ; elle est mal posée ; car ce n'est pas la *coutume* ou la *loi* qui règle les *conventions matrimoniales,* c'est la volonté des époux. Cela est d'évidence quand ils font un contrat de mariage ; et il en est de même de la commu-

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne,* ch. XXI, nos 15-24. (Œuvres, t. Ier. p. 582, suiv.), et ch. XXIV, nos 21 et 22, p. 673.

nauté *légale* ou *coutumière,* qui a lieu en l'absence de conventions; c'est ce que Dumoulin a établi le premier, et du temps de Pothier, cela ne faisait plus de doute; la communauté avait lieu, dans ce cas, en vertu d'une convention tacite des parties; elles étaient censées s'en rapporter à la loi de leur domicile sur leurs conventions matrimoniales. Cela ne souffrait aucune difficulté quand les époux avaient leur domicile dans la même coutume. Mais que fallait-il décider quand les parties étaient domiciliées dans des coutumes différentes, dont l'une admettait la communauté, tandis que l'autre ne l'admettait pas? Il en était ainsi en France dans les pays de coutume et dans les pays de droit écrit. On décide, dans ce cas, dit Pothier, que c'est à la loi du domicile de l'homme que les parties sont censées s'en être rapportées; car la femme, qui, en se mariant, suit le domicile de son mari, doit plutôt être censée s'être soumise à la loi de ce domicile qui va devenir le sien, que le mari ne doit être censé s'être soumis à la loi du domicile de la femme. Voilà la loi du domicile matrimonial (1). On voit qu'elle n'a rien de commun avec le mariage, elle ne concerne que les conventions matrimoniales relatives aux biens.

213. Le code Napoléon a consacré la doctrine traditionnelle en cette matière; on n'a qu'à lire les articles 1387 et 1388 pour se convaincre que la loi s'en rapporte à la volonté des parties en ce qui concerne leurs conventions matrimoniales, mais elle leur défend de déroger aux dispositions qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, ce qui comprend le mariage. En traitant des conventions matrimoniales, je dirai quelle est la loi qui les régit dans le silence des parties. Le domicile qui avait une importance capitale dans l'ancien droit, parce que le droit variait d'une province et d'une ville à l'autre, a cessé d'être un élément du débat partout où règne l'unité du droit : les lois ne varient plus d'après les lieux, dans un seul et même Etat, elles varient d'un pays à l'autre,

(1) Pothier, *De la Communauté*, introduction, n° 1, et article préliminaire, n°s 10 et 14.

donc d'après la nationalité des parties, quel que soit leur domicile. Reste à savoir si la loi nationale régit les nationaux à l'étranger. Ici intervient la distinction entre les lois personnelles et réelles : celles-ci sont circonscrites dans les limites du territoire où elles ont été portées, mais dans ces limites, elles obligent les étrangers comme les indigènes; les lois personnelles, au contraire, n'obligent que les nationaux et elles les suivent partout où ils résident. Dans ce nouvel ordre d'idées, le domicile matrimonial ne peut plus déterminer la loi du mariage ni quant aux biens, ni quant aux personnes. Quant aux biens, c'est la volonté des époux qui fait leur loi, et dans le silence des parties, leur volonté tacite; or, cette volonté ne peut plus se rapporter à la loi du domicile, puisque le domicile ne détermine plus la loi, la nationalité a pris sa place. Quant aux personnes, la loi du *domicile matrimonial* n'a jamais été prise en considération, même dans l'ancien droit; il n'y avait d'exception que pour l'*état de commun en biens*, comme dit Boullenois; c'est-à-dire que le contrat de mariage influe sur la capacité de la femme, selon que les époux se marient sous le régime de communauté, sous le régime de séparation de biens, ou sous le régime dotal. Quel sera leur régime s'ils ne font pas de contrat de mariage? J'examinerai la question en traitant du mariage quant aux biens; c'est, à mon avis, comme je viens de le dire, une question de nationalité et non de domicile. Les auteurs modernes n'ont pas toujours fait ces distinctions; de là une extrême confusion.

Merlin, élevé dans l'ancien droit, est resté attaché à la tradition, alors même que le code civil a innové : c'est le seul reproche que j'aie trouvé à faire à ce grand jurisconsulte, mais il en résulte que l'on doit se défier de ses opinions quand il s'agit d'une matière traditionnelle. De là aussi ses variations en ce qui concerne la loi qui régit la puissance du mari et l'autorisation maritale, ainsi que le statut de la puissance paternelle (1); enfin l'importance

(1) Voyez, sur ces variations, le tome 1er de mes *Principes de droit civil*, p. 134, n° 91, et p. 142, n° 95.

qu'il attache à la loi du domicile et notamment du domicile matrimonial sans tenir compte de l'innovation consacrée par le code Napoléon. Quelle est l'influence du domicile matrimonial sur le mariage? Merlin s'est occupé à plusieurs reprises de cette question, et dans tous les articles de son *Répertoire*, il étend l'influence que la tradition reconnaissait au domicile, tandis qu'il aurait dû la restreindre. En traitant de la communauté des biens, il commence par reproduire la doctrine de Pothier. L'une des parties est domiciliée à Lyon, pays de droit écrit, l'autre à Paris, pays de coutumes; elles se marient sans contrat de mariage : par quelle loi réglera-t-on le régime des époux? Si c'est par la loi de Lyon, ils seront soumis au régime dotal; si c'est par la loi de Paris, ils seront communs en biens. Merlin répond que c'est à la loi du lieu où l'homme a son domicile que les parties sont censées s'en être rapportées. C'est la décision de Pothier, et telle est la véritable signification de ce qu'on appelle la loi du domicile matrimonial : c'est une question de régime. Mais, dans la suite de l'article, Merlin semble aller plus loin; il ne parle pas de régime, il dit que les époux qui ont l'intention de fixer leur domicile à Lyon sont censés avoir voulu suivre pour *leur mariage* le droit de Lyon; ce qui paraît comprendre toutes les relations juridiques qui naissent du mariage. Merlin ajoute : « Voyez-en la raison fondamentale à l'article *Autorisation maritale* (1). » Nous allons l'entendre :

L'autorisation maritale concerne l'état de la femme et sa capacité. Son état différait grandement, dans l'ancien droit, suivant qu'elle était commune en biens ou dotale. Quelle loi fallait-il suivre pour décider qu'elle était frappée d'incapacité, à titre de femme commune, ou qu'elle conservait la libre administration de ses biens comme femme dotale? Merlin répond avec Bouhier que son état, en ce qui concerne la nécessité et la forme de l'autorisation, est fixé irrévocablement par la loi du domicile matri-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Communauté de biens*, § Ier (t. V, p. 111, de l'édition de Bruxelles).

monial. Jusqu'ici nous sommes dans la vraie tradition. Ce n'est pas le *mariage,* c'est seulement le *régime* qui est déterminé par le domicile des époux. Merlin établit, à cette occasion, la différence qui existe entre les contrats ordinaires et le contrat de mariage; ils sont semblables en ce qui concerne la forme extrinsèque dont ils doivent être revêtus pour être authentiques et exécutoires. Ces expressions impliquent qu'il s'agit, non du mariage considéré comme union des personnes, mais des conventions matrimoniales. Merlin ajoute que le contrat de mariage diffère essentiellement en ce qui concerne le lien et les conventions expresses ou tacites dont il est composé. La *forme intrinsèque* d'un acte ordinaire se règle toujours par la loi du lieu où il a été passé; c'est le système que les Anglo-Américains appliquent même au mariage. Merlin le rejette en ce qui concerne les conventions matrimoniales : « La *forme intrinsèque* d'un contrat de mariage ne dépend ni du lieu où l'acte a été rédigé, ni de celui où le mariage a été célébré; elle ne dépend que de celui où les parties ont l'intention de fixer leur domicile aussitôt après leur union. » C'est la tradition française; elle ne s'applique qu'aux conventions matrimoniales, c'est-à-dire au régime. Mais est-ce là toute la pensée de Merlin? Il demande la raison de la différence qui existe entre le contrat de mariage et les autres actes; en exposant ces raisons il dépasse la tradition et applique au mariage ce que la tradition disait du régime des époux : « Quel est le vœu de deux personnes qui se marient? C'est de jouir, en passant la vie ensemble, des avantages civils que procure une *union légitime*, et notamment de toute la *considération* attachée à cet état. » Ce motif ne reçoit guère d'application au régime des biens, il se rattache à l'*union légitime,* donc à l'union des personnes. Merlin continue : « Pour jouir de ces avantages et de cette considération dans le pays où l'on s'établit immédiatement après la célébration du mariage, il faut se conformer aux lois qui y sont observées et leur prouver que l'on est *marié,* en se *conduisant* et en réglant ses *intérêts* comme ils le font eux-mêmes

dans cet état (1). » Il y a dans ce langage un mélange d'expressions et d'idées qui paraissent comprendre toutes les relations qui naissent du mariage, le lien des *personnes*, aussi bien que leurs *intérêts*. Nous allons voir que Merlin les entendait dans leur plus large acception.

Au mot *Divorce*, Merlin traite longuement la célèbre affaire Macmahon. C'était une question de divorce ; pour la décider il fallait savoir par quelle loi était régi le mariage des époux. Sur ce point, dit Merlin, il est un principe universellement reconnu : c'est que le *mariage* est *toujours réglé* par la *loi du domicile matrimonial*. Il n'est plus question ici de régime, de communauté, de droits relatifs aux biens; c'est le *mariage* qui est en cause, son indissolubilité ou sa dissolubilité. Merlin applique à cette question, qui touche à l'essence du mariage, la loi du domicile matrimonial : en conséquence, il examine quel était le domicile de Macmahon lors de son mariage. Né Irlandais, il avait pris, en 1782, du service en France, et y avait fixé en conséquence son domicile; partant, c'est la loi française qui gouvernait le mariage (2). Cette décision n'a plus rien de commun avec la doctrine traditionnelle du domicile matrimonial : il ne s'agit plus du *régime* des époux ni de l'*état d'époux commun*, ni de l'*autorisation maritale*. C'est l'union des personnes qui est dissoute : pouvait-elle l'être en vertu de la loi française? Merlin répond en appliquant au mariage la doctrine du domicile matrimonial que les anciens auteurs limitaient aux conventions matrimoniales. Comment se fait-il que lui, traditionnaliste, étende la tradition, ce qui implique qu'il s'en écarte en confondant le régime avec le mariage. C'est qu'il y avait encore un autre principe dans l'ancien droit : le statut personnel, par conséquent, tout ce qui concerne l'état des personnes, dépendait de la loi du domicile. Dans l'espèce, ce domicile était aussi le domicile matrimonial :

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Autorisation maritale*, section X, nº IV et V (t. II, p. 243-245 de l'édition de Bruxelles).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Divorce*, sect. IV, § 10 (t. VIII, p. 185 de l'édition de Bruxelles).

de là la confusion dans laquelle Merlin tombe, et cette étrange proposition que le mariage est toujours, c'est-à-dire, en tout réglé par la loi du domicile matrimonial. Il n'est pas exact de dire, comme le fait Merlin, que ce principe fût universellement reconnu, on l'admettait pour les conventions matrimoniales, mais on ne l'avait jamais appliqué au mariage, le mariage étant absolument indépendant des conventions. C'était une question de statut, et le statut n'a rien de commun avec les conventions des époux, ni avec le domicile matrimonial qui détermine le régime dans le silence du contrat.

214. Savigny aboutit à la même conclusion, mais il y arrive par une autre voie que Merlin, qu'il connaît peu et qu'il ne cite pas dans la question du mariage. J'ai exposé ailleurs le système de l'illustre jurisconsulte (1). Son idéal est le nôtre, la communauté de droit entre les peuples. Pour le réaliser, Savigny recherche quel est le siége du fait juridique dans les diverses matières; et quand il l'a déterminé, il applique la loi qui régit le fait, sans distinguer si la loi est étrangère ou nationale. Or, il ne saurait y avoir un doute sur le siége des rapports qui naissent du mariage, il se trouve au domicile du mari, lequel, d'après le droit de tous les peuples et de tous les temps, doit être regardé comme le chef de la famille. Le mariage est donc régi par le droit local qui existe au domicile matrimonial. On ne doit pas prendre en considération le lieu où le mariage a été célébré quand il diffère du domicile du mari; ce lieu est indifférent, par cela même qu'il est accidentel. Ainsi il est dans nos usages que le mariage ait lieu là où la femme, pour mieux dire, là où sa famille a son domicile; mais la femme quitte le domicile de ses père et mère pour suivre son mari; c'est donc au domicile du mari qu'est le siége du mariage. Ici j'ai une réserve à faire dès le début. Sans doute, le domicile du mari est toujours celui de la femme, mais ce n'est pas nécessairement le domicile que le mari avait en se mariant, il peut s'établir là où la femme réside; et les deux époux peuvent convenir de se

(1) Voyez le t. Ier de ces Etudes, p. 602 et suiv., chap. V.

fixer ailleurs. Le domicile dépend donc essentiellement de l'intention des époux et de leur volonté. Or, conçoit-on que la volonté arbitraire, capricieuse, de ceux qui se marient, détermine la loi du mariage, lequel est essentiellement d'ordre public? Cela est contradictoire dans les termes. Le mariage est la base de la famille, et le droit qui régit la famille forme un statut personnel, lequel dépend de la loi et non de la volonté des parties. Quelle est cette loi? Dans le système traditionnel auquel Savigny reste attaché, c'est la loi du *domicile*. Dans le système du code civil et du code italien, qui est le nôtre, c'est la loi nationale des parties. Quand même on admettrait la loi du domicile comme loi du mariage, il reste une difficulté. La femme a son statut au moment où elle se marie, comme son conjoint a le sien. Pourquoi avant le mariage la loi du mari dominerait-elle la loi de la femme? Le mari n'est pas encore le chef de la famille, puisque la famille n'existe point, elle va seulement se former par le mariage.

Or, précisément avant le mariage, il se présente une question capitale : quelles sont les conditions requises pour l'existence et pour la validité du mariage? Toute la théorie du mariage est engagée dans ce débat. Est-ce la loi du domicile matrimonial qui le décidera, alors qu'il n'y a pas encore de domicile matrimonial? Savigny répond que les lois qui règlent les conditions d'existence ou de validité du mariage intéressent les bonnes mœurs et ont, par conséquent, un caractère strictement coactif, ou, comme on disait jadis, qu'elles forment un statut réel, ce qui nous ramène de nouveau à la loi du domicile du mari, puisque aucun mariage ne peut être valable s'il est en opposition avec une loi d'ordre social du pays où les époux s'établissent. Il y a du vrai dans cette doctrine, mais d'abord elle est trop absolue; on ne peut pas dire que toutes les conditions du mariage tiennent à l'existence et à la conservation de la société, il y en a qui sont plus ou moins arbitraires : je reviendrai sur ce point, un des plus difficiles du mariage, considéré comme institution internationale. Puis il s'élève une nouvelle objection contre la loi du domicile matrimonial appliquée aux conditions du

mariage. A quel moment et où cette question doit-elle être décidée? Au moment où le mariage se contracte, et, par conséquent, là où il est célébré. Il est d'évidence que l'officier public ne peut célébrer un mariage quand la loi territoriale dont il est un organe s'y oppose. Or, le lieu de la célébration peut ne pas être celui du domicile; Savigny donne, dans ce cas, la préférence à la loi du domicile. Cela n'est pas admissible quand il s'agit de la célébration du mariage. Mais quand le mariage est célébré, il peut s'élever une nouvelle difficulté. Le mariage est valable, on le suppose, d'après la loi du lieu où il a été célébré. Mais il est nul d'après la loi du pays où les époux vont établir leur domicile. Le mariage sera-t-il considéré comme valable en vertu de la loi du lieu où il a été célébré, ou sera-t-il nul d'après la loi territoriale du pays où les époux sont domiciliés? Je reviendrai sur la question. Le principe de Savigny ne résout point la difficulté.

Il y a une difficulté plus usuelle; la capacité est la règle, et l'incapacité l'exception; ce n'est que dans des cas très rares qu'il y a lieu à des empêchements de mariage. Tandis que dans le droit commun, sauf à Gretna-Green et aux Etats-Unis, tout mariage doit être contracté avec de certaines solennités. Est-ce que ces formes sont déterminées par le domicile matrimonial? En fait, non; et, en principe, il serait le plus souvent impossible d'observer à l'étranger les formes prescrites par la loi personnelle du mari; c'est à raison de cette impossibilité que s'est introduite la maxime universellement admise que le mariage, de même que tous les actes, est régi, quant aux solennités, par la loi du lieu où il est contracté. Je reviendrai, plus loin, sur les exceptions que Savigny admet à cette règle.

Les conventions relatives aux biens des époux sont-elles réglées par la loi du domicile matrimonial? Oui, dans l'opinion traditionnelle; je viens de l'exposer longuement. A mon avis, Savigny a tort de soumettre à une seule et même loi le mariage et les conventions nuptiales; celles-ci dépendent uniquement de la volonté des parties, tandis que le mariage ne dépend en rien de leur volonté,

en principe du moins. Mieux vaut séparer ces deux ordres d'idées; c'est ce que je ferai en traitant à part des conventions matrimoniales.

Le divorce soulève de grandes difficultés. Savigny le considère comme une de ces lois strictement coactives que les anciens statutaires appelaient réelles; c'est-à-dire que la loi territoriale détermine le droit de divorcer et les conditions du divorce, ce qui revient à dire que c'est la loi du domicile actuel du mari qui doit recevoir son application. Je ne fais que constater la doctrine du jurisconsulte allemand. En ce point, elle me paraît très défectueuse. Le domicile est chose arbitraire et dépend entièrement de la volonté des parties intéressées; et je ne saurais admettre, je ne comprends même pas que la volonté ait une influence quelconque sur la nature du mariage, sur sa dissolubilité ou son indissolubilité (1).

Les applications que Savigny fait de la loi du domicile matrimonial ne témoignent pas pour le principe. J'ai contesté, dans le cours de ces Etudes, son point de départ. Les droits et les obligations, ou les faits juridiques n'ont point de siége local; pour déterminer la loi qui les régit, il faut pénétrer dans leur essence. Or, le mariage est un fait complexe : les divers principes qui forment la base de notre science y sont en conflit. Le statut est tout ensemble personnel et réel : personnel, puisqu'il s'agit d'un droit de famille, laquelle est la base de l'état et de la capacité des personnes : réel, puisque les considérations de morale et d'intérêt social y jouent un grand rôle. Puis vient encore la loi des solennités, qui n'est ni personnelle ni réelle. Vouloir soumettre toutes ces faces diverses du mariage à un seul principe et chercher ce principe dans le siége du mariage ou dans le domicile du mari, c'est vouloir une chose impossible.

215. Wächter a aussi son principe; les Allemands ont une prédilection pour les systèmes absolus. C'est une disposition d'esprit peu favorable au droit. Le droit est

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 325 et suiv.

une face de la vie, et rien ne se prête moins à une loi systématique que la vie, essentiellement mobile et changeante. Heureusement, les jurisconsultes praticiens échappent à ce danger; sentant qu'il est impossible d'emprisonner la vie dans une formule, ils accommodent leur système aux besoins de la vie; c'est ce qu'a fait Wächter. Il pose comme principe que le juge doit appliquer les lois du pays où il est appelé à rendre la justice. En apparence, c'est le réalisme le plus absolu : toute loi devient réelle et étend son empire sur les personnes et les choses qui se trouvent sur le territoire. C'est ce que disaient les réalistes les plus excessifs, d'Argentré, Bourgoingne, Voet. Le plus logique de tous, Voet, comprend que les relations internationales deviendraient impossibles si chaque nation écartait systématiquement la loi personnelle qui régit les étrangers; il fait une part à la personnalité, sous le titre de courtoisie. Mais la courtoisie est, au fond, la négation du droit. Wächter cherche une base juridique aux concessions qu'il faut faire à la personnalité, et il la trouve dans la volonté même du législateur. La loi, expression de la souveraineté, peut sans doute imposer ses règles aux étrangers comme aux nationaux; mais veut-elle tout ce qu'elle peut? La puissance souveraine a-t-elle intérêt à régir les étrangers? Le législateur qui fait des lois sur le mariage a en vue les familles dont l'ensemble constitue la nation; il ne saurait avoir la pensée ni la volonté de gouverner des familles étrangères qui constituent une autre société, différente dans ses mœurs, dans ses sentiments et ses idées de celle pour laquelle il fait des lois. De là la conséquence que les familles étrangères sont régies par leur loi nationale. Mais Wächter se hâte d'ajouter que cette règle n'est pas absolue : c'est un jurisconsulte praticien, il sait qu'il n'y a rien d'absolu en droit.

La règle s'applique aux mariages que les nationaux contractent en pays étranger; ils sont tenus d'observer les conditions requises pour la capacité, le consentement de la famille, les empêchements. Elle s'applique aussi aux mariages que les étrangers contractent entre eux; peu

importe le lieu où ils se marient, leur mariage sera valable partout s'ils ont observé leur loi nationale; quand même cette loi différerait de la nôtre, nous considérerons le mariage comme valable et nous lui reconnaîtrons tous les effets que la loi attache au mariage légitime. Le législateur territorial est complètement désintéressé dans le débat, et sa puissance souveraine n'est pas en cause. Mais si un de ses nationaux contracte mariage avec un étranger, la souveraineté a le droit d'intervenir; elle ne perd pas son autorité par le fait qu'un de ses sujets entre dans un rapport juridique avec un étranger. La loi territoriale ne reconnaîtra donc pas la validité d'un mariage qu'un de ses nationaux contracte avec un étranger, contrairement à ses dispositions, quand même ce mariage serait valable d'après la loi étrangère. Dans le conflit entre les deux lois, le législateur est intéressé à ce que la sienne soit maintenue, dès qu'un de ses sujets est partie dans le fait litigieux; ainsi, le juge déclarera nul le mariage contracté avec une femme divorcée, si sa loi le défend.

La règle reçoit une autre restriction qui est de droit. Il y a en matière de mariage des lois qui intéressent les bonnes mœurs et les droits de la société. D'après nos lois, il y a des unions qui sont réputées criminelles ou immorales : tels sont les cas de polygamie et d'inceste. Nous ne pouvons pas reconnaître la validité de mariages qui constituent un crime ou un délit moral. Il en serait de même des lois étrangères qui donneraient au mari un pouvoir de correction sur sa femme, en lui permettant de la tenir en chartre privée, comme font les lois anglaises. Wächter cite une autre particularité de la *common law*, le droit qu'aurait le mari de conduire sa femme au marché, la corde au cou, pour la vendre (1). Ceci ressemble à une boutade allemande. Toutefois, il ne se passe guère d'année sans qu'un journal anglais raconte que, dans tel ou tel comté, un mari, las de sa femme, a acheté une corde neuve pour conduire sa femme au mar-

(1) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 185 et suiv.

ché et l'y vendre souvent moins cher que la corde ne lui a coûté. La Revue de Fœlix, à laquelle j'emprunte ce fait, ajoute qu'il va sans dire que cette vente ne confère aucun droit à l'acheteur : « C'est tout simplement un acte de brutalité, par lequel le mari se rend coupable d'un outrage à la morale publique (1). » Toujours est-il que cette coutume grossière doit avoir eu, dans les vieux âges tout aussi grossiers, quelque valeur juridique, si l'on peut donner le nom de droit à un usage qui est le mépris du droit.

La boutade de Wächter soulève une grosse difficulté : jusqu'où va la réalité des lois en matière de mariage? Il n'y a aucun doute quant à la polygamie et à l'inceste; mais ce ne sont que des exemples; quel est le principe? J'y reviendrai; il est certain que la règle de Wächter ne donne pas la solution de la difficulté; elle ne prouve qu'une chose, l'inanité des systèmes dans la science du droit. J'entends par systèmes des règles créées *à priori*, sans prendre en considération la variété infinie des faits qu'elles doivent gouverner. Non pas qu'il faille faire de la science du droit un recueil de faits ou de précédents, à la manière anglaise. Il faut, au contraire, des principes; seulement, il faut les puiser dans la vie réelle, au lieu de les imposer à la vie. C'est un travail plus difficile que celui qui consiste à imaginer des systèmes, mais il est aussi plus profitable. Sur le terrain du droit international privé, les difficultés abondent; c'est ce qui m'oblige à faire un examen critique des divers principes qui ont été mis en avant; il faut déblayer le sol pour pouvoir construire. Mon ambition est précisément de préparer le terrain et de recueillir les matériaux qui serviront à la construction. Nos successeurs, plus heureux que leurs devanciers, commenceront à bâtir; édifice sans fin : c'est déjà un grand bonheur que d'y apporter quelques pierres.

(1) Fœlix, *Revue étrangère et française de législation et de jurisprudence*, t. VIII (1841) p. 672, *De la vente des femmes en Angleterre.*

N° 4. LE CODE ITALIEN.

216. Avec le code italien, nous entrons dans un autre ordre d'idées ; c'est comme un monde nouveau. Il n'est plus question du lieu du contrat, ni du domicile matrimonial, ni de courtoisie, ni de volonté présumée du législateur ; toutes ces doctrines du passé sont jetées par dessus bord. Les auteurs du code italien se sont inspirés du droit de l'homme ; ils l'ont trouvé empreint dans sa nationalité, qui se confond avec tout ce qu'il y a d'éléments personnels dans la nature humaine. Quelle est la capacité que la femme étrangère doit avoir pour se marier avec un Italien ? Les Anglo-Américains ne comprendraient pas la question ; ils ne veulent pas entendre parler d'un statut personnel. C'est la loi du lieu où le mariage a lieu qui en déterminera les conditions. De là cette étrange conséquence que les conditions de capacité varieront suivant que le mariage sera célébré, en Italie, au domicile du mari ou dans le pays où la femme est domiciliée. Non, dit Savigny, c'est toujours le domicile matrimonial qui décide, et ce domicile est celui du mari ; de sorte que le domicile que choisit le mari lors du mariage réglera les conditions du mariage ; ces conditions dépendront donc de la volonté du mari. Le législateur italien fait une autre réponse à la question : la capacité de l'étranger de contracter mariage est déterminée par sa loi « nationale » (art. 202). Voilà un principe rationnel, puisé dans l'essence du mariage. Il faut un certain âge non seulement pour le but matériel du mariage, la procréation des enfants, mais surtout pour le but moral, l'union des âmes. Qui a qualité et mission de fixer cet âge quand il s'agit d'un étranger ? Est-ce que le législateur italien déterminera, d'après les conditions physiques, intellectuelles et morales de l'Italie, l'âge que doivent avoir les étrangers pour se marier ? La question est un non-sens. C'est au législateur national de régler ce que lui seul a capacité de faire. Cela n'est plus un système, c'est la loi de la nature. Entre étrangers, la solution est d'une telle évidence que l'on a peine à comprendre que les Anglo-Américains la

contestent. Si le mariage a lieu entre étrangers et Italiens, les deux parties doivent être capables, et la capacité de chacune sera réglée par sa loi nationale ; de sorte que si l'étranger est incapable, quoique l'Italien soit capable, le mariage ne pourra avoir lieu : le législateur italien a pour la loi étrangère le même respect que pour la sienne (1). Voilà le terrain sur lequel doit s'élever le droit international privé, si l'on veut qu'il réalise la communauté de droit entre les peuples. C'est mieux que la courtoisie des réalistes, c'est un lien de droit tout ensemble et d'humanité.

217. Le code italien ne sacrifie point les droits de la souveraineté, si chers aux réalistes. J'ai dit ailleurs qu'il consacre formellement la prééminence de la loi territoriale, dès que les bonnes mœurs et l'ordre public sont en cause. Dans l'application de ce principe, le législateur va même trop loin, à mon avis ; il soumet l'étranger à toutes les conditions qu'il prescrit pour la validité du mariage entre Italiens, de sorte qu'en cas de conflit entre la loi étrangère et la loi italienne, celle-ci l'emporte. N'est-ce pas aller trop loin? J'ai dit, dans le cours de ces Etudes, que la grande difficulté de notre science consiste à distinguer les dispositions qui ont un caractère de réalité, en ce sens qu'elles dominent le statut personnel de l'étranger. La question est trop importante pour en parler incidemment; j'y reviendrai.

218. Les rapports qui naissent du mariage entre les époux, leurs droits et leurs obligations, dépendent du statut personnel, parce qu'ils concernent l'état et la capacité des parties, et, en termes plus généraux, les droits de famille. Sur ce point il ne saurait y avoir de doute. Dans les pays dotaux, comme l'Italie, la femme mariée jouit d'une indépendance qu'elle n'a point dans les pays de coutumes, où elle est frappée d'incapacité pour tous les actes juridiques. Cette question a été vivement débattue dans le parlement italien : fallait-il maintenir la puissance mari-

(1) Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 89 et suiv. Fiore, *Diritto civile internazionale*, p. 142, n° 87, et p. 146, n° 92.

tale et l'incapacité de la femme, ou fallait-il établir l'égalité entre le mari et la femme? La Chambre des députés se prononça pour l'égalité; le Sénat voulait maintenir le principe traditionnel de l'inégalité. On transigea; le devoir d'obéissance ne figure plus dans le code italien, donc il n'y a plus de puissance maritale proprement dite : l'autorisation a été conservée, mais en changeant de caractère; ce n'est plus la règle, c'est l'exception. Pisanelli marque très bien le caractère de la loi italienne; c'est un premier pas fait hors de la tradition, et ce premier pas sera suivi par bien d'autres (1). Dès maintenant l'égalité des époux règne dans nos mœurs, là du moins où existe le véritable mariage, c'est-à-dire l'union des âmes; elle finira par être consacrée par le législateur.

Nº 5. DE LA VOLONTÉ DES PARTIES ET DE L'ORDRE PUBLIC.

219. Parmi les divers systèmes concernant la loi qui doit régir le mariage, Fiore énumère la volonté des parties contractantes. Le mariage étant un contrat consensuel, on pourrait croire qu'il faut lui appliquer la règle qui gouverne tous les contrats, à savoir que la volonté des parties intéressées leur tient lieu de loi. Le légiste italien combat cette manière de voir en prouvant, ce qui est d'évidence, que le mariage, quoiqu'il se forme par concours de consentement, ne saurait être mis sur la même ligne que les conventions ordinaires; celles-ci ont pour objet des intérêts privés, tandis que le mariage est essentiellement de droit public et d'intérêt social, puisqu'il est la base de la moralité et le fondement de la société civile (2). Je ne crois pas que cela ait été sérieusement contesté. Toutefois il est utile de rappeler ces principes, quelque élémentaires qu'ils soient, car ils ont été méconnus par des jurisconsultes de première ligne. Quand Savigny enseigne que le mariage est régi par la loi du domicile marital, il ne songe certainement pas à le subordonner

(1) Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 89-91. Pisanelli, *Dei progressi del diritto civile in Italia*.
(2) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 136, nº 81.

aux conventions des parties contractantes, ni à la volonté arbitraire du mari, et, néanmoins, son système aboutit à cette conséquence. Ne dépend-il pas des futurs époux de fixer leur domicile là où ils veulent s'établir? Donc, c'est leur volonté qui déterminera la loi du mariage. La volonté du mari peut être de choisir le domicile de la femme; ce seront encore une fois des convenances privées qui régleront les conditions et les suites d'un contrat placé, par sa nature, au-dessus des volontés particulières. Ces conséquences témoignent contre le système qui y conduit.

On retrouve encore cet élément d'intérêt individuel dans le système des Anglo-Américains (1). Tant que les lois permettront le mariage des mineurs, elles devront exiger le consentement des ascendants ou de la famille, afin de suppléer par leur intervention le défaut de capacité des futurs époux. Conçoit-on que la doctrine et la jurisprudence autorisent des mineurs à éluder une condition qui tient à leur incapacité en allant se marier à Gretna-Green! Les abus et les scandales qui résultent inévitablement des mariages clandestins les ont fait prohiber par l'Eglise et par l'Etat dans la plupart des pays; et l'on permettra néanmoins à des incapables de contracter mariage en secret, à l'insu de leur famille, sans que la société intervienne pour imprimer son autorité à l'union des époux! La volonté de ceux qui ne sont pas capables de volonté l'emportera sur les décrets des conciles et sur les ordonnances des lois.

Cependant, en dépit des enseignements de l'histoire et au mépris du bon sens et de la moralité publique, un légiste américain a essayé, je ne dirai pas de légitimer les abus et les scandales des mariages secrets, mais de ressusciter le prétendu droit canonique antérieur au concile de Trente, qui les avait provoqués. Je reviendrai sur le système de Wharton, qui écarte toute solennité, toute publicité, et place l'essence du mariage dans le consentement, donné n'importe comment, n'importe où. C'est, il

(1) Comparez Story, *Conflict of laws*, p. 222, § 190 (7e édition).

est vrai, la pratique américaine : au lieu de justifier cette absence absolue de garanties, les jurisconsultes, organes du droit et de la morale, doivent unir leurs efforts pour établir partout le mariage civil tel qu'il est organisé par la loi commune de l'Europe, avec intervention nécessaire de l'autorité publique. Le droit de la société domine tout en cette matière.

220. C'est le système du code Napoléon; mais il y apporte une dérogation qu'il est difficile de justifier. Elle vient de l'ancien droit. La femme est frappée d'incapacité juridique, à raison de la puissance maritale; il est de principe que les époux ne peuvent pas déroger aux droits résultant de la puissance qui appartient au mari sur la personne de la femme, ni même à ceux qui lui appartiennent comme chef de la communauté sur les biens (art. 1388). Cependant le code français autorise indirectement cette dérogation en permettant aux époux d'adopter le régime de séparation de biens, soit pour les biens paraphernaux de la femme, soit pour tous ses biens; dans ces cas, elle est affranchie de la puissance maritale, en ce sens qu'elle peut faire tous les actes d'administration et même disposer de son mobilier sans y être autorisée par son mari. L'exception est une vraie contradiction. Il y a deux manières de mettre fin à la contradiction : c'est ou de ne permettre à la femme aucun acte, sous quelque régime que ce soit, sans autorisation maritale, ou d'abolir l'autorisation maritale en généralisant l'innovation du code italien. C'est ce dernier système qui répond le mieux à nos mœurs et à l'idéal du mariage. J'y reviendrai.

221. Le principe que le mariage est d'ordre public donne lieu à de nouvelles difficultés. Quelle est la portée du principe et quelles en sont les limites? Il n'y a pas de question plus difficile. Les princes de la science sont en désaccord, et les législateurs n'ont aucune règle certaine. Savigny dit que les considérations religieuses et politiques jouent un grand rôle dans le mariage; d'où vient qu'en cette matière surtout on trouve des lois d'un caractère coactif, c'est-à-dire obligeant toutes les personnes qui

sont sur le territoire, étrangères ou indigènes (1). Sans doute; mais quelles sont ces lois strictement coactives? Comment les distinguer de celles qui ne le sont point? Savigny ne nous donne pas de réponse à cette question; là est cependant le vrai siége du débat.

Merlin est tout aussi vague; de là ses incertitudes et ses variations, preuve qu'il n'a pas de principe. La loi qui déclare la femme mariée incapable est-elle personnelle ou réelle? Merlin commence par se prononcer pour la personnalité du statut, ce qui semble évident, puisque la femme est frappée d'incapacité à raison de la dépendance dans laquelle elle est placée pendant le mariage, et cette incapacité est une suite de la puissance maritale. Merlin changea d'avis, par la raison que le statut personnel cède devant les lois qui sont d'ordre public et de bonnes mœurs. Il est vrai que les statuts qui sont d'intérêt social dominent le statut personnel de l'étranger; en ce sens on les appelle *réels*. Mais reste à savoir si toutes les lois relatives au mariage sont réelles en ce sens. Le texte même du code prouve le contraire : si la loi qui déclare la femme incapable intéressait les bonnes mœurs, les époux n'y pourraient pas déroger, et le code Napoléon leur permet d'y déroger en adoptant le régime de séparation de biens ou le régime dotal. Je n'insiste pas sur ce point, puisque j'ai longuement développé la matière en exposant les principes généraux qui régissent le droit civil international (2).

222. Le code d'Italie s'y est aussi trompé en considérant comme réelles toutes les dispositions qui concernent les conditions requises pour la validité du mariage (art. 102). C'est exagérer le principe de la réalité, et méconnaître la légitime influence du statut personnel qui est cependant si chère aux légistes italiens. Il y a un partage à faire. Telles dispositions concernent l'existence même ou la conservation, le perfectionnement de la société; elles sont

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 324, § 379.

(2) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 350, nos 191-195. Comparez mes *Principes de droit civil*, t. 1, p. 134 et suiv.

obligatoires pour les étrangers. D'autres dispositions sont portées à raison des circonstances physiques, intellectuelles, morales du pays, elles constituent le statut personnel : établies pour les Italiens, elles ne sauraient lier les étrangers. Fiore établit cette distinction sans se laisser arrêter par la disposition générale du code d'Italie, qu'il ne mentionne même pas (1). C'est la vrai théorie, mais je demande une règle qui serve à distinguer les deux ordres de lois ; le jurisconsulte italien dit qu'il y a des conditions du mariage qui appartiennent au droit public, tandis que d'autres sont plutôt d'intérêt privé. Cela est vrai ; mais quand peut-on dire qu'une disposition est de droit public? Fiore insiste sur les bonnes mœurs ; et c'est précisément ce caractère des lois matrimoniales qui a trompé Merlin ; le mariage étant le fondement de la moralité, on est tenté de considérer toutes les conditions exigées pour sa validité comme intéressant les bonnes mœurs. Malheureusement, on ne s'entend pas plus sur les *bonnes mœurs* que sur ce qui est de *droit public*, et les exemples que Fiore donne montrent les grandes difficultés de cette matière, plutôt qu'ils n'aident à les décider. L'autorisation maritale, dit-il, est d'intérêt privé ; la loi étrangère qui l'exigerait dans des cas où le code italien ne la prescrit pas serait obligatoire en Italie pour l'étranger, puisque c'est une loi personnelle, et l'on ne pourrait pas opposer le statut italien, puisque celui-ci n'intéresse pas les bonnes mœurs. Ce serait aussi mon avis ; mais je n'oserais pas dire que l'autorisation soit d'intérêt privé : elle tient à la puissance maritale, et la question de savoir si la femme est sous puissance, ou si elle est l'égale du mari tient certainement au droit public. Par contre, Fiore n'hésite pas à rapporter au droit public l'indissolubilité du mariage. C'est une des questions les plus difficiles du droit international privé ; elle met dans tout son jour l'incertitude qui règne sur les bonnes mœurs. Les Allemands considèrent la prohibition du divorce comme une disposition immorale, tandis que le jurisconsulte italien regarde

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 138, n° 83.

l'indissolubilité du mariage comme une condition de moralité. N'y aurait-il pas au fond de ce dissentiment un préjugé réligieux ?

223. Il ne faut pas chercher un principe chez les jurisconsultes anglo-américains. La difficulté que je viens de signaler tient au conflit du statut personnel avec la loi territoriale. Or, les Anglais et les Américains n'admettent pas le statut personnel ; ils déclarent le mariage valable, même en ce qui concerne les conditions de capacité, dès qu'il est contracté en conformité des lois du lieu où il a été célébré : le mariage est donc régi par la loi territoriale. Que faut-il décider si cette loi est en opposition avec les lois d'Angleterre ou des Etats-Unis? Story dit que la règle qui soumet le mariage à la loi du lieu où il a été contracté reçoit bien des restrictions et des exceptions. Cela rend la règle elle-même incertaine : car jusqu'où vont les dérogations ? Aucune nation, dit-il, ne reconnaîtra des lois concernant les conditions ou les effets du mariage quand elles sont incompatibles avec sa propre police (*policy*), ou quand elles lèsent ses propres *intérêts*. L'*intérêt* national figure toujours dans la doctrine anglo-américaine, et il suffit pour tout vicier ; en effet, l'intérêt n'est pas un principe, c'est plutôt la négation du droit.

Le droit est l'expression de la justice éternelle, tandis que les intérêts varient d'un peuple à l'autre et chez la même nation, d'une époque à l'autre : je rappellerai que le droit d'aubaine, rétabli au nom de l'intérêt français par le code civil, a été aboli au nom de ce même intérêt par la Restauration. Et c'est un fait aussi variable qui déterminera quelles lois tiennent à la conservation de l'ordre social ! Cela est contradictoire dans les termes. Il faut laisser là les principes quand on discute avec les légistes anglo-américains, car ils ne procèdent que par faits et précédents. Un magistrat écossais demande « si un Anglais pourrait, en Ecosse, renfermer sa femme dans une cage de fer, ou la battre avec une baguette qui aurait la grosseur du doigt du juge, en alléguant qu'il s'est marié en Angleterre, et que la loi anglaise lui reconnaît ce

pouvoir ». Lord Roberston ajoute que « le mariage est un contrat *sui generis*, et qu'il est d'une telle importance pour le bien-être de l'Etat, que l'on ne permet pas aux particuliers de le régler par leurs conventions, mais qu'on le soumet au droit public de chaque Etat, lequel est obligatoire pour tous ceux qui y sont domiciliés (1) ». Je suis d'accord, mais ne pourrait-on pas demander au juge écossais si la fameuse *loi du lieu où le mariage a eu lieu* est en harmonie avec ce principe ? Il en résulterait, d'une part, que toutes les dispositions de cette loi seraient de droit public pour tout mariage, et que si les époux s'étaient mariés en pays étranger, et rentraient ensuite dans leur patrie, ils seraient soumis à une nouvelle loi territoriale, de sorte que le mariage serait soumis à des lois contradictoires ou changeantes. Conçoit-on un mariage qui aujourd'hui est indissoluble, et qui demain deviendra dissoluble ? Inutile d'insister ; il est d'évidence que le principe anglo-américain n'est pas un principe.

224. Le conflit, dans l'Etat actuel des lois et des mœurs, est insoluble. Savigny dit que la religion joue un grand rôle dans le mariage, et lui impose des règles d'un caractère strictement coactif. Malheureusement, les religions ont leurs préjugés, ce qui sanctifie et éternise les erreurs quand les religions se prétendent révélées. L'entente et l'harmonie ne seront possibles que lorsque le mariage aura été sécularisé partout. Les bases de l'accord, à mon avis, sont les principes généralement admis par notre science, à savoir la personnalité des lois qui régissent les droits de famille ; c'est une base certaine, et qui donne satisfaction aux exigences légitimes des lois nationales. Mais la personnalité est dominée par le droit de la société; je ne dis pas son intérêt, car l'intérêt n'est pas un principe, c'est un fait ; ce qui rend la conciliation impossible, car il y aura toujours conflit entre les intérêts, tandis que les peuples finiront par s'accorder sur les principes puisés dans la justice éternelle. J'ai essayé ailleurs de ramener les légistes anglo-américains à la doctrine de la personna-

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 221, § 189.

lité des lois d'état et de famille : quand l'accord sera fait dans le domaine de la pensée, il sera facile de le formuler dans des conventions internationales.

Section II. — Des solennités du mariage.

§ I. — *Le mariage est-il un contrat solennel ?*

225. D'après le code Napoléon, le mariage est un acte solennel. Il ne suffit pas que les futurs époux consentent à se prendre pour mari et femme, il faut que ce consentement soit donné devant un officier public, représentant de la société, c'est lui qui prononce, *au nom de la loi*, que les parties contractantes sont unies par le mariage (art. 75). La loi est l'expression de la volonté générale ; c'est donc au nom de la nation souveraine que l'officier de l'état civil prononce le mariage. Sans cette déclaration, il n'y a pas de mariage ; le consentement des parties, en supposant qu'il ait été donné, serait inopérant ; elles ne seraient pas unies *au nom de la loi*, donc elles ne seraient pas mariées. Le mariage serait plus que nul, il serait inexistant, c'est à dire, qu'il ne produirait aucun effet, quand même la nullité n'en aurait été ni demandée ni prononcée par le juge ; on ne peut pas même demander l'annulation d'un mariage pareil, car logiquement l'annulation du néant ne se conçoit pas. Il est vrai que le code Napoléon ne le dit pas ; on sait qu'il ne consacre pas, en termes exprès, la théorie des actes inexistants, ou nuls de plein droit ; mais cette théorie est aujourd'hui généralement admise ; et elle a un appui dans les textes et dans l'esprit de la loi. Je renvoie, sur ce point, aux longs développements que j'ai donnés dans mes *Principes de droit civil* (1).

Il ne suffit pas qu'un officier public quelconque intervienne dans le mariage, pour que l'union existe, il faut que ce soit l'officier de l'état civil, c'est-à-dire le fonctionnaire chargé par la loi, et, en Belgique, en vertu de la

(1) Voyez les passages cités dans la *Table des matières*, au mot *Actes inexistants*.

Constitution même, de procéder à la célébration du mariage. Un acte reçu par un officier public qui n'aurait pas qualité pour le recevoir n'a aucune existence aux yeux de la loi. Si donc, un autre fonctionnaire célébrait le mariage, comme il n'aurait aucune qualité pour le faire, ce serait comme si un particulier procédait à la célébration; or, il n'appartient pas à un premier venu d'agir au nom de la loi. En réalité, l'union ne serait pas prononcée au nom de la loi; partant, elle n'existerait point. Il en serait autrement si le mariage était célébré par un officier de l'état civil, mais incompétent. Le code Napoléon prévoit ce cas, et il déclare le mariage nul (art. 191), c'est-à-dire, annulable; de sorte que le mariage existe et produit tous ses effets, jusqu'à ce qu'il ait été annulé. En effet, le mariage a été célébré par un officier de l'état civil, donc il existe, seulement, à raison de l'incompétence de l'officier public, la loi permet d'en demander la nullité (1).

226. Le principe de la solennité du mariage n'est pas une innovation du code Napoléon. Il était admis dans l'ancien droit, en vertu de l'ordonnance de Blois de 1579, laquelle prescrivit la célébration du mariage, à l'église, par le curé de la paroisse de l'un des époux. Les curés étaient de vrais officiers de l'état civil, chargés par la loi de célébrer les mariages. Il leur était enjoint d'observer les ordonnances royales, bien qu'elles fussent en opposition avec les décrets du concile de Trente. C'est ainsi que l'édit de Blois exigeait le consentement des parents, tandis que le concile prononçait l'anathème contre ceux qui contesteraient aux enfants le droit de se marier sans ce consentement. Il était défendu aux curés d'avoir égard aux dispenses accordées par le Pape, contrairement aux ordonnances, à moins qu'elles n'eussent été confirmées par lettres-patentes du roi, enregistrées (2).

On croit généralement, et Merlin lui-même le dit, que le curé servait seulement de témoin, et que le mariage se contractait, comme toute convention, par le consentement

(1) Voyez mes *Principes de droit civil,* t. II, p. 345, n° 273, et p. 353, n° 279.

(2) Glasson, *Le Mariage civil et le divorce*, p. 34 et 35.

des parties. Cela n'est pas exact. Je dirai à l'instant qu'il en était ainsi avant le concile de Trente ; depuis le concile, la bénédiction nuptiale fut de l'essence du mariage. Il est certain qu'il en était ainsi en France, en vertu de l'ordonnance de Blois. Le témoignage de Pothier ne laisse aucun doute : « Cette présence du curé requise par nos lois n'est pas une présence purement passive, c'est un fait et un ministère du curé qui doit recevoir le consentement des parties et leur donner la bénédiction nuptiale. » Pothier ajoute que cela résulte de la Déclaration de 1639, où il est dit que le curé recevra « le consentement des parties, et les *conjoindra en mariage* ». Ce qui a répandu quelque doute sur le rôle du curé dans la célébration, c'est que les théologiens enseignent que les parties qui contractent mariage sont elles-mêmes les ministres du sacrement de mariage. « Il est vrai, dit Pothier, qu'elles en sont les ministres quant à ce qui est de sa substance, et qu'elles se l'administrent réciproquement par leur consentement et la déclaration extérieure qu'elles se font de ce consentement ; mais le prêtre est, de son côté, le ministre des solennités que l'Eglise et le prince ont jugé à propos d'ajouter au mariage pour sa validité, et il est préposé par l'*Eglise et le prince* pour exercer ce ministère » (1).

227. Merlin dit que, dans tous les pays civilisés, l'autorité publique intervient dans la célébration du mariage (2). Nous verrons plus loin que cela n'est pas tout à fait exact. On peut dire que telle est la tendance de la législation moderne. L'existence de la société repose sur le mariage, il faut donc que le législateur veille à ce que l'union des époux soit entourée de toutes les garanties qui assurent la liberté des parties contractantes tout ensemble et la stabilité de leur union. Il y a des contrats d'intérêt pécuniaire que le code Napoléon déclare solennels en subordonnant leur existence à l'accomplissement de certaines formalités, notamment à l'intervention d'un offi-

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, nos 350-353.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, t. XIX de l'édition de Bruxelles, p. 400 et suiv).

cier public : ce sont les donations, les conventions matrimoniales et l'hypothèque. La raison en est que la volonté des parties doit être libre et éclairée; or, ceux qui disposent de leurs biens à titre gratuit cèdent trop souvent à de mauvaises inspirations, la suggestion, la captation, ou à un sentiment de charité qui, mal guidé, fera plus de mal que de bien : il est donc bon qu'un officier public intervienne pour garantir leur liberté et éclairer leur volonté. Les conventions des futurs époux concernant leurs biens sont hérissées de difficultés, il faut être un homme de loi, pour en comprendre la portée. Elles influent, d'un autre côté, sur les relations personnelles des époux, il importe qu'ils soient unis par leurs intérêts, comme ils doivent l'être par leur affection; quand ils sont divisés d'intérêts, il est à craindre que l'union des âmes n'en souffre. Pour toutes ces considérations, le législateur a voulu que le contrat de mariage fût rédigé par acte devant notaire. Quant aux hypothèques, elles ont un lien intime avec l'intérêt général : la richesse publique aussi bien que la richesse particulière y sont engagées, et il est certain que l'intervention d'un officier public donne aux capitalistes une pleine sécurité, ce qui favorise en même temps les opérations agricoles, industrielles et commerciales.

Si des contrats pécuniaires sont soumis à des solennités, pour sauvegarder les droits des parties contractantes tout ensemble et les droits de la société, à plus forte raison faut-il exiger des solennités pour le mariage. La plupart des lois permettent aux mineurs de se marier avec le consentement de leurs ascendants ou de la famille : ainsi le plus important des contrats se fait à un âge où la passion est aveugle et où les facultés intellectuelles et morales n'ont pas atteint leur entier développement. Permettra-t-on à des enfants de s'engager pour toute leur vie, sur leur seul consentement, alors qu'ils ne sont pas encore capables de consentir? N'est-ce pas encourager la séduction et la légitimer? N'est-ce pas faciliter, et par conséquent favoriser des relations illicites? N'est-ce pas exposer le mariage, qui se contracte pour la vie, à la mobilité des

passions humaines? Une enfant cède à la séduction, croyant contracter une union légitime. Quand elle sera délaissée par son séducteur, comment établira-t-elle le mariage qu'elle croyait avoir contracté, et qu'elle avait l'intention de contracter? Des relations coupables sont parfois légitimées par le mariage qui les suit. Comment saura-t-on si, dans le principe, il y a eu concubinage ou mariage, et si les enfants sont légitimes ou naturels? Si le mariage n'est pas un contrat solennel, le concubinage pourra usurper la dignité d'une union légitime, et une union légitime pourra être attaquée et flétrie comme n'ayant jamais été qu'un concubinage.

Telles sont les puissantes considérations qui ont fait établir partout, sur le continent européen, des officiers publics chargés de célébrer les mariages, ce qui a pour conséquence que le mariage est un contrat solennel. Il est inutile de rapporter les textes, on les trouvera cités dans l'ouvrage de M. Glasson sur le mariage civil. Je me borne à transcrire la loi récente de l'empire d'Allemagne :

« Dans toute l'étendue de l'empire d'Allemagne, le mariage ne peut être valablement contracté que devant l'officier de l'état civil (art. 41).

« Le mariage a lieu en présence de deux témoins. Les futurs époux répondent successivement à la formule légale de l'officier de l'état civil : Consentez-vous à vous unir l'un à l'autre par mariage? *L'officier public les déclare ensuite unis au nom de la loi*, et le mariage est formé (art. 52) »

« Dans chaque ressort, il y a un officier de l'état civil (art. 3) ».

« Les ministres des cultes ne peuvent être officiers de l'état civil. » Avant la dernière loi, le mariage était généralement considéré comme un acte religieux, et célébré par les ministres du culte. La loi du 6 février 1875 a sécularisé le mariage et en a fait, en même temps, un contrat solennel. Les deux idées se tiennent. Pendant des siècles, le mariage était un acte religieux, sans être solennel. Il devient solennel quand il est sécularisé, car si la loi le sécularise, c'est à raison de l'intérêt majeur que la société a d'y intervenir; ce qui implique la solennité du contrat.

228. La solennité du mariage soulève une question très grave. Faut-il appliquer au mariage célébré à l'étranger les principes qui régissent les contrats solennels reçus en pays étranger? Quand l'intervention d'un officier public est de l'essence du contrat, il en résulte que le contrat n'existe, aux yeux de la loi, que s'il a été reçu dans la forme authentique. Si le contrat est passé à l'étranger, il devra également être reçu dans cette forme, sinon il sera inexistant. Bien entendu que les formes de l'authenticité dépendront de la loi du pays où l'acte est passé. Tel est le système consacré par la loi hypothécaire belge. L'hypothèque conventionnelle est un acte solennel; elle n'a lieu *que suivant les formes* autorisées par la loi (art. 42); l'article 44 qui la définit dit qu'elle *dépend* de la *forme extérieure* des *actes* et des *contrats*. Ces formes sont établies par l'article 76 : « L'hypothèque conventionnelle *ne peut être consentie* que par un acte authentique; » c'est-à-dire, en Belgique, par un acte notarié, ou par un acte sous seing privé reconnu en justice ou devant notaire. Les hypothèques peuvent être consenties en pays étranger; il faut pour qu'elles aient *effet* en Belgique que l'acte soit reçu dans la forme authentique : voilà la condition de la solennité; elle doit être observée à l'étranger, parce qu'elle est de l'essence de l'hypothèque. Quelles sont les formes qui constituent l'authenticité? On suit à cet égard les lois du pays où l'hypothèque est consentie. Afin de constater que ces formes ont été observées, la loi belge veut que le président du tribunal de la situation des biens vérifie si les actes réunissent toutes les conditions nécessaires pour leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus; si l'acte est authentique, le président y met son visa; l'acte non visé n'a aucun effet à l'égard des biens situés en Belgique (art. 77). C'est dire que les hypothèques conventionnelles qui ne sont pas revêtues de la forme authentique n'ont aucune existence légale.

Ce principe reçoit-il son application au mariage? En théorie, on pourrait le soutenir, et lorsque le mariage sera sécularisé partout et partout solennisé, on appliquera

également la conséquence qui découle de la solennité : le mariage n'existera que s'il est célébré par un officier public chargé de cette mission par les lois du pays où l'union sera contractée. C'est le seul moyen de mettre fin aux difficultés inextricables que présente, dans l'état actuel des choses, la célébration des mariages en pays étranger; j'y reviendrai. Pour le moment, je constate que le code Napoléon ne consacre pas la théorie que je viens de formuler d'après notre loi hypothécaire; pour les contrats pécuniaires, la donation, le contrat de mariage et l'hypothèque, on peut soutenir, et c'est mon avis, que le principe découle de l'essence même des contrats solennels; mais il est certain que, d'après le code français, on ne peut pas appliquer cette doctrine au mariage, quoiqu'il soit un contrat solennel. L'article 170 est formel; il est ainsi conçu : « Le mariage contracté en pays étranger, entre Français, et entre Français et étrangers, sera valable s'il a été célébré dans les *formes usitées dans le pays*. » La loi n'exige pas qu'il ait été célébré par un officier public, ni dans une forme authentique; elle se contente des formes locales, quelles qu'elles soient. Ainsi, si la loi du pays se contentait de la présence de témoins, cette forme suffirait, en vertu de l'article 170, pour valider le mariage. C'est l'application au mariage, de la maxime traditionnelle *Locus regit actum*. Le législateur de chaque pays a seul qualité pour régler les formes dans lesquelles le mariage doit être célébré; donc le mariage, en ce qui concerne les formes, doit être valide s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays. C'est d'ailleurs une nécessité. Le mariage est le contrat le plus nécessaire et le plus important; il faut donc qu'il puisse être contracté partout; or, il se peut qu'il y ait des pays où le mariage ne se célèbre pas devant un officier public; exiger la solennité et l'authenticité là où le mariage n'est pas authentique ni solennel, ce serait rendre l'union légitime impossible, et, par suite, favoriser des unions illégitimes. Cette considération justifie pleinement le système du code.

229. Il se présente une autre difficulté. Si, dans un

pays étranger, aucune espèce de forme n'est requise ; si les lois se contentent du simple consentement des parties, les Français pourront-ils y contracter mariage par concours de volontés et sans solennité ni forme aucune? Si l'on s'en tient à l'adage traditionnel, consacré par l'article 170 du code Napoléon, on serait tenté de dire qu'il n'y a point de mariage sans forme; l'article 170 le suppose, puisqu'il exige comme condition de validité du mariage qu'il ait été *célébré* dans les *formes* usitées dans le pays. Les mots *célébrés* et *formes* impliquent une solennité quelconque, de même que l'adage *Locus regit actum* suppose que l'acte a été dressé dans certaines formes extérieures, prescrites par la loi locale. Or, le simple consentement n'est certes pas une forme instrumentaire. Cette objection n'est cependant pas décisive. L'article 170 *suppose*, à la vérité, qu'il y a des *formes*, et tel est aussi le droit commun des nations civilisées, à tel point que Merlin en a fait une règle universelle; mais *supposer* n'est pas *disposer;* le code n'exige point des formes solennelles, il veut seulement que les parties se conforment aux lois locales, de sorte qu'un mariage valable d'après ces lois sera aussi valable en France.

La jurisprudence s'est prononcée en ce sens. Merlin ne se doutait pas, quand il posait en principe que l'autorité publique intervient partout dans la célébration du mariage, qu'il y avait une puissante république où les mariages se font par le seul consentement donné n'importe où, fût-ce dans une promenade, n'importe dans quels termes : le fait de la vie commune suffit. Tel est le droit des Etats-Unis. Il va sans dire que les mariages ainsi contractés par des Américains doivent être réputés valables partout. Et il en est de même des mariages que les Français contracteraient aux Etats-Unis. A la vérité, on n'est pas dans les termes de l'article 170; mais l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Ce que le code veut, c'est que les Français puissent contracter mariage partout en se conformant à la législation locale : un mariage, valable entre Américains, est par cela même valable entre Français qui se marient en

Amérique. La jurisprudence est unanime en ce sens (1).

230. L'application du principe consacré par l'article 170 présente une autre difficulté. Avant la sécularisation de l'état civil, le mariage était considéré dans toute la chrétienté comme un acte religieux, et depuis le concile de Trente, la célébration en face de l'Eglise était une solennité essentielle pour sa validité. Les décrets du concile sont restés en vigueur dans quelques pays catholiques. Il en résulte que là où on les applique avec rigueur, le mariage devient impossible pour les non-catholiques; rappelons-nous l'horrible législation de Louis XIV sur l'état civil des protestants : ils devaient faire profession de catholicisme pour contracter un mariage légal. Il en serait de même des libres penseurs qui voudraient se marier dans un pays où le prêtre célèbre les mariages; ils devraient commencer par renier leurs convictions dans l'acte le plus important de leur vie, sinon le mariage serait impossible. Cette même impossibilité existe dans les pays de l'Orient, où la religion et l'Etat se confondent. L'Islam est la loi des peuples musulmans; les Européens qui veulent contracter mariage dans un pays soumis à une loi religieuse devraient donc, pour observer l'article 170, commencer par se faire mahométans et ailleurs boudhistes; la possibilité légale de célébrer leur union dans les formes locales existe, mais il y a impossibilité morale. Ces conflits entre la conscience et la légalité deviennent tous les jours plus fréquents à mesure que les relations internationales s'étendent. Il faut une solution à la difficulté : laquelle? Je dirai plus loin qu'on a cru la trouver en investissant les agents diplomatiques et les consuls de la mission de recevoir les actes de l'état civil, mais cette solution crée des difficultés nouvelles. Pour le moment, il s'agit de la règle admise universellement comme faisant partie du droit des gens. La célébration du mariage dans de certaines formes déterminées par la loi ou par la religion est-elle de l'essence du mariage? C'est demander si, de son essence, le mariage est un contrat solennel.

(1) Rejet, 20 décembre 1841 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 338. Bordeaux, 14 mars 1849 (Dalloz, 1852, II, 13).

J'ai exposé les puissantes raisons pour lesquelles la solennité est considérée comme une condition essentielle du mariage dans tous les pays de l'Europe; mais il s'agit de concilier ce principe avec l'état de la législation dans les pays où la religion domine l'état civil. Question transitoire si l'on veut, mais la difficulté subsistera encore pendant des siècles; il faut presque une révolution dans les idées religieuses pour que l'état civil soit sécularisé là où il est intimement lié avec la religion; cette révolution s'est faite, non sans résistance, dans les Etats catholiques et protestants; elle ne s'accomplira pas de si tôt dans les Etats de l'Orient. Il nous faut donc voir comment on peut rendre possible le mariage des Européens là où le mariage est soumis à des solennités religieuses.

231. Le mariage n'a pas toujours été un acte solennel. Chez les Grecs et les Romains, il se contractait par le consentement des futurs époux; il s'y mêlait des cérémonies religieuses, mais c'étaient des usages et non des lois. Il en fut de même dans les premiers siècles du christianisme. Pothier, dont les sentiments religieux ne sont pas suspects, nous dira comment les choses se passaient (1). Sous les empereurs chrétiens, on continua à suivre le droit romain; le consentement des époux suffisait pour valider le mariage. Justinien, dans sa fameuse Novelle, ne parle pas même de la bénédiction nuptiale. Il en fut de même dans les Etats fondés par l'invasion des Barbares. Ici nous avons le témoignage des papes. Au neuvième siècle, les Barbares consultèrent le saint-siége sur ce qui était nécessaire pour le mariage comme sacrement; Nicolas Ier, un des grands papes du moyen âge, répondit que le seul consentement des parties, donné selon les lois, c'est-à-dire pourvu que les lois permettent le mariage entre ces personnes, quoiqu'elles ne soient pas allées à l'église recevoir la bénédiction nuptiale, suffit pour la validité du sacrement de mariage. La bénédiction nuptiale et la célébration du mariage en face de l'Eglise, qui n'étaient d'abord que de pieux usages, furent dans la

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n°s 345-348.

suite requis pour la validité du mariage. Ce n'est pas par des considérations religieuses que ce changement s'introduisit, c'est plutôt pour remédier aux abus qu'entraînait la clandestinité du mariage que l'on contractait sans aller à l'église, dans la vue de le tenir secret. Encore au douzième siècle, une décrétale d'Alexandre III nous apprend que le mariage était censé valablement contracté, par cela seul que les parties s'étaient réciproquement promis de se prendre pour mari et femme; c'est ce qu'on appelait *sponsalia de præsenti*. Les mariages clandestins, et l'on entendait par là ceux qui n'étaient pas contractés en face de l'Eglise, donnaient lieu à tant d'abus et de scandales, que les papes les défendirent, mais ils ne les déclarèrent pas nuls. Innocent III, dans le concile de Latran, se contenta d'imposer une pénitence à ceux qui les contracteraient. Cet état de choses dura jusqu'au concile de Trente; l'Eglise réprouvait les mariages clandestins, mais elle en admettait la validité; c'était bien reconnaître que le consentement seul est de l'essence du mariage. Le concile de Trente, après de longues délibérations et non sans opposition, décréta que les mariages clandestins seraient nuls : cinquante-six prélats répondirent par *non placet*. Pothier fait sur cela la remarque suivante, qui explique peut-être les hésitations du concile : « Quoique la *forme* prescrite par le concile pour le mariage soit très sage, et qu'elle ait été en conséquence adoptée et confirmée par les ordonnances de nos rois; néanmoins, le concile excédait son pouvoir en déclarant nuls, de sa seule autorité, les mariages où elle n'aurait pas été observée, car les mariages, en tant que contrats, appartiennent, comme tous les autres contrats, à l'ordre politique, et ils sont par conséquent de la compétence de la puissance séculière et non de celle du concile, à qui il n'appartenait pas de statuer sur leur validité ou invalidité. »

232. Faut-il tirer de là la conclusion que le mariage n'est pas, par son essence, un contrat solennel, d'où suivrait qu'il est valable dès que le consentement des époux existe? En théorie, cela peut se soutenir. Mais la question que je discute est de droit positif. Il s'agit de savoir si un

mariage contracté par le simple consentement des parties, sans solennité aucune, est valable quand il existe des formes religieuses dans le pays où des Européens veulent se marier. L'observation de ces formes est moralement impossible; les déclarer obligatoires, c'est rendre le mariage lui-même impossible, et, par suite, c'est favoriser le concubinage. Le motif est péremptoire pour engager le législateur à admettre une exception à la solennité. Mais, dans le silence de la loi, l'interprète pourrait-il déclarer valable un mariage que nos lois frappent de nullité? Cela est douteux. J'y reviendrai (n° 360).

Pour concilier la validité de ces mariages avec la légalité, on fait appel au droit des gens. Lawrence dit que si les parties sont dans l'impossibilité de contracter un mariage légal dans les formes prescrites par les lois du pays où elles se trouvent, le mariage sera valable par leur seul consentement, conformément au droit canon, tel qu'il était admis avant le concile de Trente; la nécessité des choses le veut ainsi (1). Cette opinion se conçoit là où, comme aux Etats-Unis, le mariage n'est pas un contrat solennel, mais en France et dans tous les pays de l'Europe, les lois exigent des formes et ne reconnaissent aucune valeur au mariage qui serait contracté par le simple consentement; le code Napoléon applique ce principe même aux mariages contractés en pays étranger; il n'a pas prévu la difficulté qui nous arrête, c'est une lacune qu'il n'appartient qu'à la loi de combler. Les interprètes français ne traitent pas la question; Merlin est le seul qui en touche quelques mots. Le mariage, dit-il, participe du droit naturel, du droit des gens et du droit civil. Je laisse le droit civil de côté, puisque c'est précisément dans les lois civiles que se trouve l'obstacle, et à ce point de vue, il n'y a qu'un seul moyen de l'écarter, c'est une loi, ou, comme je le dirai plus loin, des traités. Le droit naturel, dit Merlin, permet à l'homme et à la femme, abandonnés à eux-mêmes, sans religion et sans lois, de s'unir l'un à

(1) Lawrence, *Commentaire sur le droit international de Wheaton*, t. III, p. 367.

l'autre sous les conditions qu'ils jugent à propos de s'imposer. Ainsi entendu, le droit naturel est une fiction; où y a-t-il des peuples sans religion et sans lois? Merlin cite les sauvages. Irons-nous demander une règle de droit chez les Iroquois ou chez les tribus dégradées de l'Océanie? Cela n'est pas sérieux. Le mariage dépend encore du droit des gens en ce que « toutes les nations se sont accordées à reconnaître pour homme et pour femme les personnes des deux sexes qui, dans cette union, se sont fait un devoir d'accomplir *les lois en vigueur dans les pays où elles vivent.* » Cela nous ramène à l'article 170, et je cherche précisément un moyen de légitimer le mariage, malgré cette disposition. La solution, au point de vue du droit strict, me paraît impossible. Je pense bien que les tribunaux, s'ils étaient appelés à statuer sur la validité d'un mariage contracté dans un Etat de l'Orient, où les parties n'auraient pu se conformer aux lois locales, admettraient l'exception fondée sur la nécessité des choses. Mais je n'oserais pas faire d'une décision pareille une règle de droit dans le sens de Wharton, qui n'exige même pas qu'il y ait impossibilité d'observer les formes du pays; il se contente du consentement, parce que, d'après lui, le consentement suffit. Je reviendrai sur cette théorie qui me paraît excessivement dangereuse.

§ II. *Des officiers publics qui peuvent procéder à la célébration du mariage.*

N° 1. LE DROIT COMMUN.

233. Le mariage civil est le droit commun de l'Europe; et partout où le mariage est sécularisé, le législateur établit des officiers spéciaux chargés de célébrer les mariages; en France et en Belgique, on les appelle officiers de l'état civil. Il en est de même des codes étrangers qui procèdent de la législation française, tels que les codes des Pays-Bas et d'Italie. A vrai dire, depuis que le concile de Trente a fait du mariage un contrat solennel, il y a eu des officiers publics ayant mission de présider

aux solennités; c'étaient les curés. En France, la chose est évidente. Le concile de Trente n'y fut point reçu; c'est le législateur laïque qui régla les conditions de forme requises pour la validité du mariage; par conséquent, les curés tenaient leur pouvoir de l'ordonnance de Blois, ils étaient des officiers civils; l'Etat qui les avait investis de ces fonctions pouvait les leur reprendre; c'est ce que fit le législateur français; j'en ai dit les motifs (n° 197).

Les ministres du culte célèbrent encore les mariages dans quelques Etats catholiques et protestants. Il va sans dire que les mariages ainsi contractés sont valables en France; c'est l'application directe de l'article 170 en ce qui concerne les mariages contractés par les Français en pays étranger. Tel est aussi le droit commun de l'Europe. Les mariages célébrés en France par l'officier de l'état civil sont valables partout; de même les mariages contractés dans un pays catholique, en face d'Eglise, sont partout valables. On invoque d'ordinaire, à l'appui de cette opinion, l'adage traditionnel *Locus regit actum*. Cela n'est pas tout à fait exact; et il importe, dans une matière si difficile, de préciser les idées. Quand on dit que la forme des *actes* est réglée par la loi du pays où ils sont reçus, on entend par *actes* les écrits que les parties dressent ou font dresser d'un fait juridique. La solennité du mariage ne consiste pas dans un écrit, elle consiste dans l'intervention d'un officier public qui, au nom de la loi. déclare les deux époux unis par le mariage. La loi étant l'expression de la volonté nationale, on doit dire que c'est la société, c'est-à-dire la nation souveraine qui solennise le mariage et qui lui donne l'existence. Quant aux écrits qui sont dressés par l'officier public, ils ne servent que de preuve : on dresse un écrit des publications pour constater qu'elles ont été faites; on dresse un écrit pour constater la célébration du mariage. Ces écrits ne sont pas de l'essence du mariage comme l'intervention d'un officier public; car le mariage peut être prouvé, selon les circonstances, par la preuve testimoniale ou par la possession d'état (code Nap., art. 46 et 197), tandis que sans officier de l'état civil, il n'y a pas de mariage. L'article 170, en dis-

posant que le mariage contracté à l'étranger par des Français est valable s'il a été célébré dans les *formes* usitées dans le pays, a donc étendu à la *célébration* une maxime qui concerne uniquement les écrits. Cette extension se justifie, comme l'adage même, par la nécessité et par des motifs rationnels. Il faut que le mariage soit partout possible, et il ne l'est que si les parties peuvent suivre les lois locales. L'adage traditionnel n'est pas seulement fondé sur la nécessité, il est aussi fondé en raison. C'est au législateur de chaque pays de déterminer les formes dans lesquelles le mariage doit être célébré ; c'est lui qui seul a qualité pour instituer les officiers publics chargés de cette mission ; c'est encore lui qui doit régler le nombre et la qualité des témoins et organiser la publicité qui doit présider au mariage. Quand toutes ces conditions ont été observées, on doit croire que le mariage est sincère et valable.

234. L'article 170 du code Napoléon étant une application extensive de la règle *Locus regit actum*, il s'ensuit que les formes, y compris l'intervention de l'officier public, sont obligatoires. J'ai discuté ailleurs la question de principe (1). Elle est controversée : de là quelque doute en ce qui concerne la célébration du mariage. Ceux qui considèrent l'adage traditionnel comme une faculté sont disposés à étendre ce principe à la célébration du mariage. Tel est l'avis de Savigny. Il me semble qu'en cette matière, rien ne peut être abandonné à la volonté ni au choix des parties contractantes, parce que tout est d'ordre public et d'intérêt général. On conçoit que lorsqu'il s'agit de contrats ou d'actes pécuniaires, les formes d'un acte sous seing privé soient facultatives, en ce sens que le Français puisse à l'étranger rédiger l'écrit conformément à la loi française (2). Mais la célébration du mariage, comme je viens de le dire, ne consiste pas dans l'écrit ou l'acte qui est dressé, cet acte ne fait que constater la célébration du mariage, et cette célébration ainsi que l'acte inscrit sur les

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 443, n° 245.
(2) Comparez le t. II de ces Etudes, p. 448, n° 247.

registres sont authentiques de leur essence. Donc les considérations qui ont fait admettre une exception à la règle traditionnelle pour les écrits sous seing privé, font défaut quand il s'agit du mariage, solennel de son essence.

234. On suppose que deux étrangers se marient en France ou en Belgique devant le ministre du culte auquel ils appartiennent ; ce mariage sera-t-il valable si, d'après leur droit national, le mariage est un acte religieux qui peut et qui doit être contracté en face d'Eglise? La difficulté a été soumise, en France, au ministre de la justice, sous l'Empire et sous la Restauration, et chaque fois elle a reçu une solution affirmative. Solution, à mon avis, contraire à tout principe. Je transcris d'abord les textes. En 1819, un mariage fut célébré à Paris, devant un ministre protestant, entre un Hessois et une Française, suivant la loi du duché de Hesse. L'acte relate d'abord une lettre du grand-juge, ministre de la justice, en date du 16 mai 1810, adressée au pasteur Gœpp, l'un des présidents du consistoire de l'Eglise chrétienne de la confession d'Augsbourg à Paris, ainsi conçue : « Les étrangers qui désirent se marier en France ne sont pas tenus de se conformer aux lois françaises ; ils peuvent se marier suivant celles de leur pays, et en ce cas, rien n'empêche le ministre du culte de leur donner la bénédiction nuptiale. » L acte de mariage relate encore une lettre du garde des sceaux, ministre secrétaire d'Etat de la justice, adressée également au président du consistoire, en date du 13 octobre 1815 qui décide « qu'un étranger et une Française, cette dernière déclarant vouloir suivre la condition de son mari, peuvent se marier conformément aux règles usitées dans le lieu du domicile du futur, et que ces personnes ne sont pas astreintes à se soumettre aux formalités voulues par les lois françaises ». Sur l'autorité de ces lettres officielles, le mariage fut célébré par le ministre protestant. En 1824, les deux époux étant morts, la légitimité de leur fille fut contestée : le tribunal de la Seine, et sur appel, la cour de Paris, décidèrent que le mariage était nul. Il va sans dire que les lettres des deux ministres n'avaient aucune

autorité, en tant qu'interprétation du code civil, car les ministres n'ont pas le droit d'interpréter les lois; elles ne pouvaient avoir qu'une valeur doctrinale. Or la première ne donne aucun motif, elle se borne à affirmer; la seconde semble appliquer à la célébration du mariage le principe que l'on admettait dans l'ancien droit, en ce qui concerne les conventions matrimoniales, à savoir que ces conventions sont, dans le silence des parties, réglées par la loi du domicile marital. C'est confondre deux ordres d'idées tout à fait différents, des conventions pécuniaires qui dépendent de la seule volonté des parties, et un contrat d'ordre public qui dépend tout entier de la loi. La cour de Paris, adoptant les motifs du premier juge, ne tint aucun compte des lettres ministérielles; elle ne les mentionne même pas, les considérant comme non avenues, et avec raison, puisqu'elles sont contraires à tout principe. Le tribunal de la Seine se prévaut de la circonstance que la femme, dans l'espèce, était Française, et comme telle, soumise aux lois françaises; si elle suit la condition de son mari, c'est après un mariage valablement contracté; or le mariage n'est valable en France, que lorsqu'il a été célébré par l'officier de l'état civil. Quant aux ministres du culte, ils sont radicalement incompétents pour célébrer un mariage; le tribunal aurait dû ajouter que le code pénal leur défend même de procéder au mariage religieux, tant que l'union des époux n'a pas été célébrée légalement par l'officier public, institué à cet effet. Or une loi pénale est une loi de police, et aux termes de l'article 3 du code Napoléon, les lois de police obligent tous ceux qui habitent le territoire. Cette considération est décisive et elle s'applique à tout mariage contracté en France, alors même que les deux parties seraient étrangères (1).

Savigny cite une décision contraire de la cour d'appel de Dresde, et il l'approuve parce que le *siége* du mariage est au domicile des époux (2). C'est un motif analogue à celui que le garde des sceaux de France invoque dans la lettre

(1) Paris, 18 décembre 1837. (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 195, 1°.)

(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 359, § 381.

que je viens de transcrire; le motif ne témoigne pas en faveur du principe défendu par le célèbre jurisconsulte. La conséquence est inadmissible, aussi bien que le principe. D'abord la loi du domicile doit être écartée, parce que le domicile dépend de la volonté des parties, et est-ce la volonté des parties qui détermine les formes solennelles du mariage? Le *siége du mariage* est une formule, que l'on peut appliquer, à la rigueur, aux conventions matrimoniales, parce qu'elles sont d'intérêt privé : mais quand il s'agit d'une loi d'ordre public, sanctionnée par une peine, il faut laisser là le siége du mariage, pour s'en tenir à la loi territoriale; car une loi pareille est essentiellement réelle, comme on disait jadis. On voit que la science n'a pas beaucoup gagné à abandonner le langage traditionnel, puisqu'un jurisconsulte de premier rang confond toutes choses, domicile, nationalité, conventions matrimoniales et mariage. Nous allons retrouver la même confusion dans un arrêt de la cour de Liége.

236. Le curé de la Sarthe ayant célébré le mariage religieux entre un Bavarois et une Italienne fut condamné par le tribunal correctionnel de Huy à une amende de seize francs, en vertu de l'article 199 du code pénal de 1810, lequel prononce une amende de seize francs à cent francs contre le ministre du culte qui procède aux cérémonies religieuses du mariage, sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de célébration reçu par l'officier de l'état civil. Appel. Le curé invoque les instructions reçues de ses supérieurs et la loi du domicile des parties, qui confie aux ministres du culte la célébration du mariage. La cour infirme. Dans l'espèce, la validité du mariage n'était pas attaquée, mais les considérants de l'arrêt sont relatifs à la question. Si je m'y arrête pour les critiquer, c'est qu'ils trahissent une ignorance absolue des principes les plus élémentaires de notre science. Je n'en fais aucun reproche aux magistrats : comment sauraient-ils ce qu'on ne leur a jamais enseigné? C'est à peine si les auteurs disent un mot du droit civil international. Voilà pourquoi je dois remonter aux principes, et insister sur les conséquences qui en découlent. Qu'on veuille bien m'en tenir compte

pour excuser les longs développements dans lesquels je suis obligé d'entrer.

La cour commence par rappeler le principe généralement admis que *les lois concernant l'état et la capacité* des personnes régissent les étrangers qui résident en Belgique, comme elles régissent les Belges résidant à l'étranger (C. Nap., art. 3). Puis l'arrêt constate que les deux personnes dont le curé a célébré le mariage religieux sont étrangères, l'un née en Bavière, l'autre en Lombardie. Or en Allemagne et en Italie, le mariage se célèbre par le ministre du culte, en face de l'Eglise. La cour en conclut que les deux étrangers pouvaient, en vertu du *statut personnel*, faire célébrer leur mariage par un prêtre investi des mêmes pouvoirs que les prêtres de leur pays. Toute cette argumentation repose sur le *statut personnel*. Et de quoi s'agissait-il dans l'espèce? De la célébration d'un mariage entre étrangers, c'est-à-dire des *formes* requises pour l'existence du plus *solennel* des *actes*, le seul qui se fait au nom de la *loi*, expression de la souveraineté nationale. Est-ce là une question de *statut personnel?* L'*état* des parties et la capacité ou l'incapacité qui en résulte étaient-ils l'objet du débat? Les prétendus époux ne figuraient pas au procès; et s'ils y avaient figuré, si l'un d'eux, la femme, incapable comme mineure, avait demandé la nullité du mariage, il est certain qu'il aurait été annulé pour défaut d'âge, et de tout consentement des ascendants ou de la famille. Le curé n'avait tenu aucun compte du statut personnel des parties; il célébra le mariage en vertu des instructions qu'il avait reçues, et ces instructions, paraît-il, avaient été données sur l'avis d'un professeur en droit! Bref, la question est de savoir si les formes du mariage dépendent du statut personnel ou national des contractants. La question est un non-sens. Les formes sont établies par le législateur, indépendamment de tout statut, soit personnel, soit réel; dans les conventions ou autres actes, on ne tient compte, en matière de formes, ni de l'état des parties, ni de la situation des biens; la loi règle les formes à raison des mœurs, de la civilisation, de la condition intellectuelle et morale des

populations; donc on ne considère pas si les parties sont indigènes ou étrangères, et on ne demande pas quelle est la loi nationale qui les régit; le législateur territorial décide seul, et sa décision est absolue, générale, en ce sens que la loi des formes est une loi du droit des gens, reconnue partout et pratiquée par tous. Tout cela est élémentaire. La cour invoque encore les lettres circulaires du grand-juge et du garde des sceaux de France, que j'ai rapportées; il est inutile de revenir sur ce que j'ai dit. Je n'ai pas à m'occuper du fond du procès, l'application de l'article 199 du code pénal est tellement évidente, que l'on ne conçoit pas que la cour de Liége s'y soit trompée; en supposant même que le débat portât sur une question de statut, il est certain que le statut personnel cède devant le statut réel, et une loi pénale est par son essence un statut réel; l'article 3 du code Napoléon le dit en toutes lettres.

Pourvoi en cassation. Je suis heureux de constater que notre cour suprême redressa l'erreur dans laquelle était tombée la cour de Liége, et la cour de Bruxelles, à laquelle, après cassation, l'affaire fut renvoyée, se prononça dans le même sens (1). L'avocat général, M. Faider, aujourd'hui procureur général, prononça un lumineux réquisitoire sur la question de droit. La science même qu'il déploya témoigne combien les principes qu'il développa sont peu connus; s'ils l'étaient, deux lignes auraient suffi pour rétablir la vérité. Le ministère public rappelle les précédents législatifs qui aboutirent à l'article 16 de la Constitution belge, aux termes duquel le mariage civil doit toujours précéder la bénédiction nuptiale, et à l'article 109 qui veut que les registres soient tenus par les autorités communales. Ce fait seul est décisif. Pourquoi la Constitution établit-elle le principe de l'état civil laïque, et du mariage civil? La Constitution pose les bases du droit public, et il n'y en a pas de plus fondamentale que celle qui assure à la souveraineté civile la prééminence sur les Eglises et les religions. Voilà encore un de ces statuts que l'on appelle réels parce qu'ils sont l'expression et la garantie

(1) Cassation, 19 janvier 1852. (*Pasicrisie*. 1852, 1, 85) et, sur renvoi, Bruxelles, 29 mai 1852. (*Pasicrisie*, 1852, 2, 237.)

de la souveraineté; et conçoit-on que des étrangers viennent opposer leur statut personnel à la loi des lois qui exclut les ministres du culte de la célébration du contrat civil de mariage.

Voici les considérants de l'arrêt de cassation sur la question des statuts; je les transcris, parce que les décisions de la cour suprême ont une autorité que ne peut avoir la doctrine :

« Attendu qu'on invoquerait en vain le statut personnel, puisqu'il ne s'agit pas ici de la capacité des personnes pour contracter mariage, mais des formes constitutives d'un acte de mariage en Belgique, et par conséquent réglé par les lois belges pour les formalités qui le constituent, d'après la maxime *Locus regit actum*.

« Attendu, en effet, qu'indépendamment des statuts personnels et réels, il y en a une troisième espèce, ce sont ceux qui régissent la *forme des actes*, n'importe entre quelles personnes ils sont passés; et qu'il est de règle qu'on doit se conformer pour la forme des actes aux lois du lieu où on les passe;

« Attendu que si le mariage contracté devant le curé est valable dans les pays dont sont originaires ceux qui ont reçu la bénédiction nuptiale, c'est parce que dans ces pays les curés sont officiers de l'état civil; mais ne l'étant pas en Belgique, la bénédiction nuptiale qu'ils donneraient ne pourrait procurer la légitimité aux enfants, etc. »

237. C'est dire que le mariage célébré en Belgique par un prêtre entre étrangers serait nul, même dans le pays auquel ces étrangers appartiennent. Telle est aussi l'opinion que M. Faider professe dans son réquisitoire; je crois que c'est la bonne. Il est certain que si des Belges se mariaient à l'église, ce mariage serait inexistant, puisqu'il n'y a de mariage, d'après le code Napoléon, que s'il est prononcé au nom de la loi; or l'officier de l'état civil a seul le droit d'unir, au nom de la loi, ceux qui veulent se marier. Le ministre du culte, d'après notre droit public, est radicalement incompétent : c'est un simple individu, sans caractère officiel, sans mission, sans qualité. Que serait un mariage célébré par un premier

venu? Il n'y aurait point de mariage, comme il n'y a pas de mariage sans consentement, et, dans l'espèce, il n'y a réellement pas de consentement, puisque le mariage étant un acte solennel, le consentement doit être reçu par un officier de l'état civil, sinon il n'existe pas. Tout cela est incontestable quand il s'agit de Belges mariés par un ministre du culte. Y a-t-il une raison pour que le mariage, inexistant entre Belges, devienne valable entre étrangers? A mon avis, la question n'a point de sens. L'intervention d'un officier de l'état civil dans le mariage est un principe de droit public, donc un statut réel, applicable à tous ceux qui se trouvent sur le territoire. C'est là une règle élémentaire du droit civil international, et elle est universellement admise; on peut donc dire qu'elle est consacrée par le droit des gens, ce qui la rend obligatoire pour toute personne, à quelque nation qu'elle appartienne.

Vainement dit-on que la loi nationale des étrangers mariés en Belgique par un ministre du culte autorise ce mariage. L'objection ne tient aucun compte de la réalité du statut dont il s'agit : il est réel dans les pays étrangers, comme il est réel en Belgique, or le statut réel est renfermé dans les limites du territoire où il a été porté; le statut qui subordonne l'existence du mariage à la célébration en face de l'église, par le propre curé des parties contractantes, n'a d'autorité que dans les pays des futurs époux, dans la Bavière, en Italie, il n'en a aucune en Belgique. Cela est très rationnel. Une loi allemande ou italienne peut bien donner mission aux ministres du culte de célébrer les mariages contractés en Bavière et en Italie; mais elle n'a pas ce pouvoir en Belgique; ce serait porter atteinte à notre souveraineté : de quel droit une souveraineté étrangère viendrait-elle défaire ce que notre Constitution a fait? La Constitution belge établit des officiers laïques pour célébrer les mariages, elle défend même aux ministres du culte de procéder aux cérémonies religieuses, tant que le mariage civil n'a pas été célébré par l'officier laïque. Et une loi étrangère viendrait dire : J'autorise les ministres du culte en Belgique à célébrer les mariages entre les sujets bavarois ou italiens! Elle créerait des officiers de l'état civil

que notre Constitution repousse par les plus graves considérations d'indépendance de la puissance civile! Elle porterait donc atteinte à notre souveraineté. Est-ce là ce que le droit des gens enseigne aux nations! Il n'y a plus de droit des gens si la souveraineté de chaque Etat n'est indépendante, et si cette indépendance n'est respectée par les autres Etats. Sans doute une loi étrangère pourrait déclarer qu'elle considère comme valable le mariage célébré en Belgique par un ministre du culte; le souverain peut tout faire, mais il n'a pas le droit de tout faire, et nous parlons de droit; or, l'abus de la toute-puissance n'est certes pas un droit, c'est un fait qui compromet cette toute-puissance même. Si un souverain se permet de violer aujourd'hui la souveraineté d'un autre Etat, ceux dont il a méconnu le droit pourront aussi méconnaître le sien. Et que deviendront alors les rapports des peuples? Ce sera la guerre de tous contre tous. Est-ce là l'idéal de notre science, qui a pour objet d'établir entre les nations le règne du droit, dans le domaine des intérêts privés? J'insiste sur une vérité qui pour moi est claire comme la lumière du jour, parce qu'elle a été méconnue par Savigny, qui le premier a proclamé le principe de la communauté de droit entre les peuples, et je dirai plus loin que les légistes anglo-américains abondent dans son sens. Il faut maintenir envers et contre tous l'idée du droit, si l'on veut qu'il y ait une science du droit civil international.

La question que je discute reçoit encore une solution contraire dans le système de ceux qui admettent avec Wharton que le mariage n'est pas un acte solennel, qu'il suffit pour sa validité que les époux aient consenti à se prendre pour mari et femme. C'est le système américain, j'y reviendrai. Pour le moment je me borne à appeler l'attention sérieuse des légistes anglo-américains sur les conséquences de la liberté illimitée du mariage qu'ils préconisent comme l'idéal d'une institution sans laquelle il n'y a ni ordre moral, ni ordre civil. Il y a des circonstances, comme je vais le dire, où la célébration solennelle et légale du mariage est impossible : je comprends que sous l'empire de la nécessité, les époux s'unissent par

leur seul consentement, et que cette union soit considérée partout comme valable. Mais dans les pays civilisés cette nécessité n'existe point. On peut se marier en Belgique et en France devant l'officier de l'état civil. Il y a des conditions, garanties d'ordre public et de moralité. Ne serait-ce pas pour échapper à ces conditions que, dans l'espèce du mariage célébré par un curé belge, les parties se sont adressées au ministre du culte, au lieu de se présenter devant l'officier de l'état civil? L'une des parties au moins était mineure; il lui aurait fallu, d'après sa loi nationale, le consentement de ses ascendants ou de la famille. Elle s'en passe, violant tout ensemble sa loi personnelle et la loi territoriale. Il y a plus : dans l'espèce, le curé n'avait pas même observé les prescriptions du concile de Trente; aucun acte ne constatait la célébration du mariage. La loi canonique était donc violée, aussi bien que la loi civile. Quelle est la valeur d'une pareille union? Les époux étaient des bateleurs et des acrobates; vagabonds par état, aujourd'hui en Belgique, demain en France; s'il leur plaisait de contracter une nouvelle union, aussi souvent qu'ils changeaient de résidence, qu'est-ce qui pouvait les en empêcher? Dès le lendemain de l'union célébrée par le curé de la Sarthe, ils pouvaient se marier ailleurs, sans conditions et sans garanties aucunes. Est-ce là l'institution qui sert de fondement à la société et à la morale? Je sais ce que les légistes américains objectent contre notre mariage; je leur répondrai. Mais qu'ils veuillent bien réfléchir aussi à ce que devient le mariage, dans leur système de liberté, sans règles et sans frein!

N° 2. DES AGENTS DIPLOMATIQUES ET CONSULS.

I

238. Aux termes de l'article 170 du code Napoléon, le mariage contracté en pays étranger entre Français, et entre Français et étrangers sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays. L'article 170 ne mentionne pas les agents diplomatiques et les consuls. Il

est cependant généralement admis que les agents extérieurs ont compétence pour célébrer les mariages entre Français. On invoque l'article 48, qui est ainsi conçu : « Tout *acte* de l'état civil des Français en pays étranger sera valable, s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou par les consuls. » La célébration du mariage est-elle comprise dans cette expression : *tout acte de l'état civil?* Cela est douteux. Le mot *acte* indique un *écrit*, et le fait de célébrer un mariage n'est pas un *écrit*, c'est l'intervention d'un officier public qui, au nom de la loi, déclare les parties unies par le mariage. C'est donc un exercice de la puissance souveraine. Est-ce que nos agents diplomatiques et nos consuls peuvent exercer une puissance quelconque dans les pays où ils sont accrédités? Ne serait-ce pas une usurpation de la souveraineté territoriale, à moins que, ce qui ne se fait point, nos agents extérieurs n'y soient autorisés par le souverain du territoire? Je reviendrai sur ces difficultés, et elles sont grandes. On pourrait croire que c'est pour les éviter que le code Napoléon ne donne pas aux agents diplomatiques et aux consuls le droit de célébrer les mariages. Toutefois, rien, dans les travaux préparatoires, n'indique que telle ait été l'intention du législateur. Il y a plus : on pourrait faire la même objection contre l'article 48, en ce qui concerne les autres actes de l'état civil, comme je le dirai plus loin. La vérité est que les auteurs du code civil ne paraissent pas avoir prévu les difficultés auxquelles donne lieu la mission que la loi confère aux agents diplomatiques et aux consuls. Les termes généraux de l'article 48 comprennent le mariage, et l'on ne peut guère admettre que l'article 170 y déroge, alors que le législateur n'a manifesté aucune intention d'y déroger. Si cet article ne mentionne pas les agents extérieurs, c'est qu'il comprend dans une seule et même disposition deux cas différents, l'un du mariage entre Français dans lequel les agents diplomatiques et consuls sont compétents, en vertu de l'article 48, et l'autre du mariage entre Français et étrangers, dans lequel ils sont incompétents; il eût fallu deux dispositions différentes, ce qui aurait été la ré-

pétition des articles 47 et 48. Telle est la doctrine à peu près unanime des auteurs, sauf le dissentiment de Favard de Langlade : et la jurisprudence est dans le même sens, pour mieux dire, la question n'a jamais été portée devant les tribunaux. La seule controverse que l'on ait élevée en justice sur la compétence des agents diplomatiques et consuls en ce qui concerne le mariage, est la question de savoir s'ils peuvent célébrer les mariages entre Français et étrangers ; elle a été décidée négativement par la cour de cassation dans la célèbre affaire Sommaripa, et cette interprétation, conforme au texte de l'article 48, a été admise par tout le monde. Je crois inutile d'insister ; plus loin je reviendrai sur l'arrêt Sommaripa (1).

239. La compétence que le code Napoléon reconnaît aux agents extérieurs, en matière d'état civil, et spécialement pour la célébration des mariages, soulève les plus graves difficultés. Il faut d'abord bien préciser le terrain du débat. Dans le système du code français, les actes de l'état civil peuvent être reçus en pays étranger, soit dans les formes usitées dans ledit pays, et par un officier local institué à cet effet, soit par les agents diplomatiques ou par les consuls de France, conformément aux lois françaises. Le code met les agents locaux et les agents extérieurs sur la même ligne, en ce qui regarde la foi due aux actes. L'article 47 dit que l'acte rédigé par un officier local *fera foi,* sans distinguer si l'acte concerne un étranger ou un Français ; et l'article 48 porte que l'acte reçu par les agents extérieurs sera *valable* s'il a été reçu conformément aux lois françaises et pour des Français. Dans l'un et l'autre cas, l'acte est *valable* et *fait foi*. En disant que l'acte est valable et qu'il fait foi, le législateur entend dire qu'il est valable en France et qu'il y fait foi, car le législateur français n'a pas qualité pour parler au nom des souverainetés étrangères ; mais, en réalité, l'acte de l'état civil reçu en pays étranger est valable partout, parce que la règle *Locus regit actum,* dont l'article 47 consacre une application, est reçue partout comme une règle du droit

(1) Voyez la doctrine et la jurisprudence dans mes *Principes de droit civil*, t. II, p. 18, nº 11.

des gens ; donc les actes de l'état civil reçus en pays étranger, et dans les formes usitées, sont valables et font foi d'une manière absolue. Or, le code assimile à ces actes ceux qui sont reçus par les agents diplomatiques et les consuls, donc ces actes ont aussi une valeur et une foi absolues. A vrai dire, les agents extérieurs sont réputés officiers de l'état civil pour les Français ; ils instrumentent d'après la loi française, leurs actes doivent donc avoir la même valeur que s'ils étaient reçus en France. Que telle soit la pensée du législateur, cela n'est pas douteux. Si la foi des actes reçus par les agents diplomatiques et les consuls n'était pas la même que celle des actes reçus par les agents locaux, le législateur n'aurait pas donné aux parties intéressées le choix entre les agents extérieurs et les agents locaux, entre la loi française et la loi étrangère, car c'eût été tromper les Français ; les actes de l'état civil reçus à l'étranger doivent avoir une valeur universelle, comme ceux qui sont reçus en France, puisqu'on est dans le cas de les produire devant les tribunaux de tous les pays : ils servent de preuve à l'état, et l'état suivant la personne partout, les preuves doivent être universelles comme l'état lui-même. Je ne pense pas que cela ait jamais été révoqué en doute.

240. Mais le doute naît, et il est très sérieux, quand on demande quel est le fondement de cette autorité universelle que l'on reconnaît aux actes reçus par les agents extérieurs. La règle *Locus regit actum*, appliquée aux actes de l'état civil par l'article 47, a une valeur universelle parce qu'elle fait partie du droit des gens. En est-il de même de la compétence des agents diplomatiques et des consuls établie par l'article 48? On le prétend. L'article 48, dit-on, est fondé sur une fiction admise par le droit des gens, fiction en vertu de laquelle l'hôtel de l'ambassadeur est censé faire partie du pays qu'il représente. Voilà pourquoi il instrumente conformément aux lois du pays dont il est le représentant. Le mariage qu'il célèbre est censé célébré en France, ce qui lui donne la même autorité que s'il avait été contracté devant l'officier de l'état civil. Cette fiction diplomatique étant consacrée par

un usage universel, elle peut être invoquée partout comme règle du droit des gens (1). Il nous faut donc voir d'abord si la fiction de l'exterritorialité, en la supposant admise, peut être invoquée pour donner aux agents extérieurs le droit de recevoir les actes de l'état civil, et notamment de célébrer des mariages.

II

241. J'ai consacré une longue Etude à la fiction de l'exterritorialité (2); il suffira ici de rappeler en quelques mots ce que j'ai dit. On admet assez généralement que les agents diplomatiques jouissent de certaines immunités, notamment qu'ils sont exempts de la juridiction criminelle et civile du pays auprès duquel ils sont accrédités; mais les publicistes ne s'accordent, ni sur l'étendue, ni sur l'origine et le fondement de ces priviléges. Il y en a qui les fondent sur l'exterritorialité : on feint que l'hôtel de l'ambassadeur fait partie du territoire de l'Etat dont il est le représentant; par suite la justice locale n'y peut pénétrer sans porter atteinte à la souveraineté du prince dont les agents diplomatiques sont les représentants. Jamais fiction plus étrange et plus inutile n'a été imaginée. Elle suppose que l'ambassadeur ne se trouve pas dans le pays où il est appelé à remplir ses fonctions, tandis que, en fait, il doit y être, puisque ses fonctions exigent sa présence : et, d'un autre côté, la fiction implique que l'ambassadeur se trouve dans son pays où sa présence est tout à fait inutile, et qu'il a quitté pour représenter son souverain auprès d'un Etat étranger. Je dis que la fiction est aussi inutile qu'irrationnelle. En effet, on peut très bien admettre que les ambassadeurs jouissent de certaines immunités pour assurer leur indépendance, sans avoir besoin de recourir à la fiction de l'exterritorialité. C'est ce qu'ont fait les publicistes modernes, ils ont rejeté la fiction en maintenant le principe; d'autres sont allés plus loin et ont

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. II, p. 17, n° 10.
(2) Voyez le t. III de ces Etudes,

combattu le principe même de l'immunité; en soutenant que l'inviolabilité des agents diplomatiques et leur indépendance est suffisamment garantie par le droit commun, sans qu'il faille leur accorder des immunités qui leur permettent de tromper leurs créanciers et de violer impunément les lois criminelles.

242. On voit que, dans toutes les opinions, la fiction de l'exterritorialité n'a plus de raison d'être et n'en a jamais eu. Même en l'admettant, elle n'aurait aucun rapport avec la compétence que le code Napoléon donne aux agents diplomatiques en matière d'état civil. En effet, par cela même que l'exterritorialité est une fiction, et la plus arbitraire des fictions, il faudrait dire la plus absurde, on doit la restreindre à l'objet pour lequel elle a été imaginée. C'est pour assurer une entière indépendance aux ambassadeurs qu'on leur accorde certains priviléges ou immunités, et c'est pour expliquer ces immunités et leur donner une apparence juridique que l'on a eu recours à la fiction de l'exterritorialité. Partant, quand l'indépendance des agents diplomatiques n'est pas en cause, la fiction de l'exterritorialité n'a plus de raison d'être; dès lors il faut l'écarter. Cela est élémentaire, même quand il s'agit d'une fiction établie par la loi; à plus forte raison, faut-il interpréter restrictivement une fiction que les publicistes ont imaginée sans en avoir le droit et sans que la fiction fût nécessaire. Or, y a-t-il un rapport quelconque entre la fiction de l'exterritorialité et la compétence des agents diplomatiques et des consuls en matière d'état civil? Non, et cela est d'évidence. Quels sont les agents extérieurs qui jouissent de l'immunité et qui, par conséquent, pourraient invoquer la fiction de l'exterritorialité, en supposant que le droit des gens la consacre? Les immunités n'appartiennent qu'aux agents diplomatiques qui ont un caractère représentatif, car c'est comme représentants d'une puissance souveraine qu'ils en jouissent; or, tels ne sont pas les consuls, et n'ayant pas de caractère représentatif, il ne saurait être question pour eux d'exterritorialité. Cependant le code Napoléon les met sur la même ligne que les ambassadeurs; les uns et les autres ont, au même titre,

le droit de recevoir les actes de l'état civil des Français en pays étranger. Si la fiction de l'exterritorialité n'a rien de commun avec la compétence reconnue aux consuls, elle ne peut pas non plus être invoquée pour justifier la compétence des agents diplomatiques, puisqu'il s'agit d'un seul et même droit : il serait plus qu'absurde de se prévaloir de l'exterritorialité en faveur des ambassadeurs, quand cette fiction ne saurait profiter aux consuls, alors que leur droit est identique avec celui des ambassadeurs.

243. Il faut dire plus; même pour la compétence des ambassadeurs en matière d'état civil, il est impossible de se prévaloir de l'exterritorialité. Les agents diplomatiques sont officiers de l'état civil dans le pays où ils sont accrédités; pour donner aux actes qu'ils reçoivent une foi universelle, on veut la rattacher à une fiction diplomatique qui consisterait à prétendre que les actes reçus dans l'hôtel de l'ambassadeur sont réputés reçus dans le pays dont il est le représentant. Or, jamais l'exterritorialité n'a été entendue en ce sens, même par les publicistes qui donnaient le plus à l'immunité diplomatique. Wicquefort, Grotius, Vattel n'ont pas songé à invoquer l'exterritorialité pour donner aux ambassadeurs le droit d'instrumenter dans leurs hôtels; on ne l'a pas même invoquée pour justifier le droit d'asile (1). Lawrence en fait la remarque, et elle est décisive dans notre débat. La raison en est bien simple; les auteurs qui revendiquent pour les ambassadeurs l'immunité de la juridiction criminelle et civile, et qui, pour la mieux assurer, la fondaient sur l'exterritorialité, n'avaient qu'un but, c'était de garantir l'indépendance des agents diplomatiques; il s'agissait de les défendre contre des poursuites injustes, vexatoires, qui leur auraient enlevé la liberté dont ils ont besoin pour remplir un ministère qui n'est pas toujours agréable à ceux auprès desquels ils sont accrédités. L'immunité qu'ils réclamaient pour eux était une mesure de défense qui n'a absolument rien de commun avec la compétence en matière d'état civil.

(1) Lawrence, *Commentaire sur le Droit international de Wheaton*, t. III, p. 357. J'emprunte à ce savant commentaire la plupart des faits que je vais citer.

Faut-il demander si les ambassadeurs doivent être officiers de l'état civil, pour jouir d'une indépendance complète à l'égard des souverains étrangers? La question est ridicule. Les actes de l'état civil intéressent ceux qui les font recevoir par les agents diplomatiques; il s'agit de leur donner force et autorité partout où les parties intéressées sont dans le cas de s'en prévaloir. Quel rapport y a-t-il entre un mariage célébré dans l'hôtel d'un ambassadeur et l'indépendance dont il a besoin pour remplir ses fonctions?

244. Voilà pourquoi les publicistes modernes parlent avec une espèce de dédain de la prétendue exterritorialité attachée aux hôtels des ambassadeurs. On sait la grande importance que, dans le droit anglo-américain, on attache aux précédents judiciaires. Eh bien, Lawrence dit qu'il ne connaît aucune décision judiciaire qui ait consacré formellement la validité des mariages célébrés par des agents diplomatiques. Les auteurs mêmes qui semblent admettre ce droit le restreignent de manière que ce n'est plus un droit. Voici comment Heffter s'exprime : « Les actes paroissiaux célébrés régulièrement *dans la chapelle de l'ambassade* produisent-ils des effets civils? Oui, par rapport aux *personnes qui font partie de l'ambassade ;* quant aux personnes étrangères à la mission et aux indigènes, la solution de cette question dépend des *lois intérieures* de chaque Etat et de la *tolérance* de son gouvernement (1). » Phillimore s'exprime dans le même sens (2). Ni l'un ni l'autre ne citent un témoignage à l'appui de leurs affirmations. Voilà comment trop souvent se forment les règles du droit des gens. Un publiciste affirme, comme le fait Heffter, qu'un mariage célébré à la chapelle de l'ambassade serait valable s'il s'agit d'une personne faisant partie de l'ambassade. Ceux qui viennent après lui copient ce qu'il a dit, et puis on cite l'opinion unanime des auteurs pour admettre que telle règle est du droit des gens. Si tel est le droit des gens, il est inconséquent et

(1) Heffter, *Droit international*, p. 397, édition de 1868.
(2) Phillimore, *Commentaries on international law*, t. IV. (*Private international law*, p. 120.)

contradictoire dans les termes. D'abord Heffter ne dit pas que l'ambassadeur a le droit de célébrer des mariages : ce privilége est attaché aux mariages célébrés dans sa *chapelle*. Cela rappelle l'exterritorialité, bien que l'auteur ne prononce pas ce mot. Mais pourquoi le privilége est-il limité au personnel de l'ambassade? On demande vainement la raison d'un privilége qui n'a pas de raison d'être.

Lord Stowell, un des savants magistrats d'Angleterre, s'exprime comme suit : « *Il peut arriver* que la présence d'un *souverain étranger*, séjournant en pays ami, ou bien celle de son ministre plénipotentiaire, ou encore l'acte d'un membre du clergé dans la chapelle, ou dans l'hôtel d'un souverain ou de son ambassadeur, rende valide le mariage entre *ses sujets* ou les membres de sa suite. Mais lors même qu'un *souverain étranger* ou son *ambassadeur* auraient le droit de célébrer un mariage, ce droit ne s'étendrait néanmoins qu'à ses sujets, concitoyens ou à sa suite (1). » Quel vague et quelle incertitude! Est-ce qu'un souverain, en pays étranger, peut faire fonction d'officier de l'état civil? En vertu de quel droit? A-t-il un pouvoir quelconque hors de son territoire sur ses sujets? Peut-il y avoir dans un seul et même Etat deux souverains, le prince étranger qui y séjourne momentanément et le souverain territorial? Je demande une réponse nette, un *oui* ou un *non* : et l'on me répond : *Cela peut arriver!* Est-ce là une règle de droit d'après laquelle le juge prononcera la validité ou la nullité du mariage?

245. Lawrence rapporte l'avis d'un avocat américain qui, pendant son séjour à Paris, voyait ses compatriotes se marier à l'hôtel de l'ambassadeur; dans son opinion, ces mariages sont nuls pour n'avoir pas été célébrés conformément aux lois du pays où ils ont été contractés. En l'absence d'un traité qui reconnaisse aux agents diplomatiques le droit de recevoir des actes de l'état civil, les actes par eux reçus n'ont aucune valeur; la France et l'Angleterre peuvent bien autoriser leurs agents extérieurs

(1) Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 365 et note 3.

à célébrer des mariages entre Français ou entre Anglais; mais ces mariages, valables en France ou en Angleterre, seraient nuls partout ailleurs, à moins que l'on n'admette la fiction de l'exterritorialité. Or, le gouvernement des Etats-Unis a répudié cette fiction (1). Ceci est un point très important. Je vais transcrire la dépêche que le ministre des affaires étrangères a adressée, le 12 novembre 1860, au ministre des Etats-Unis à Berne. La fiction de l'exterritorialité, dit-il, ne concerne que l'immunité que le droit des gens reconnaît aux ambassadeurs, afin d'assurer leur indépendance dans l'exercice de leurs fonctions; mais il nie formellement cette fiction en tant que l'on voudrait y fonder une juridiction quelconque pour les agents diplomatiques (2): « On a prétendu que le pouvoir des ministres publics de célébrer un mariage est une conséquence du droit d'exterritorialité. Mais quoique le principe, d'après lequel un agent diplomatique est exempté de la juridiction du pays auprès duquel il est accrédité, protége sa personne et son domicile, je ne vois pas comment ce principe aurait pour conséquence de donner aux ministres publics une autorité quelconque... Cela étant, il est difficile d'imaginer d'où un agent diplomatique peut dériver le pouvoir de célébrer un mariage qui serait valide dans tous les Etats de l'Union. »

Il faut donc écarter du débat la fiction de l'exterritorialité. Reste à voir si la compétence des agents extérieurs en matière d'état civil a un autre fondement. Pour décider la question, il ne faut pas perdre de vue quel est le véritable objet de la difficulté. Le code Napoléon donne aux agents diplomatiques et aux consuls le droit de recevoir les actes de l'état civil, et, par suite, de célébrer les mariages entre Français. Il va sans dire que les actes faits par les agents extérieurs, en exécution de la loi française, sont valables en France. Mais le sont-ils aussi ailleurs?

(1) Lawrence, sur Wheaton, t. III, p. 369-371.
(2) Wheaton, *Elements on international law*, p. 303, note 128 (de la 8e édition, 1866).

III

246. Pour répondre à la question, il faut examiner quelle est la nature du droit en vertu duquel les agents diplomatiques et les consuls reçoivent en pays étranger les actes de l'état civil et célèbrent des mariages entre Français. Les actes de l'état civil sont des actes solennels qui constatent des faits d'où dépend l'état des personnes. Quand ces actes sont reçus par les officiers publics institués à cet effet, ils font foi partout en vertu de la règle admise par le droit des gens : *Locus regit actum*. Il est de l'essence de l'acte authentique qu'il soit reçu par un fonctionnaire ayant le *droit d'instrumenter* dans le *lieu* où l'*acte* est *rédigé* et avec les *solennités requises :* ce sont les termes de l'article 1317 du code Napoléon. Et qui a le pouvoir d'instituer dans un pays des officiers ayant le droit d'*instrumenter ?* Evidemment le souverain et le souverain seul. C'est encore au souverain et à lui seul de régler les formes dans lesquelles les actes doivent être rédigés pour faire foi comme actes authentiques. En effet les fonctionnaires varient d'après l'état politique du pays : ici c'est un ministre du culte qui célèbre les mariages, là c'est un officier civil, tous reçoivent leur mission du souverain. De même les formes varient d'après l'état intellectuel et moral de chaque pays, d'après les mœurs et la civilisation ; à qui appartient-il de déterminer les solennités qui doivent être observées pour la célébration du mariage ? Evidemment au souverain de chaque pays. Lui seul a capacité pour régler les formes qui répondent au but dans lequel elles sont établies, c'est-à-dire d'assurer la libre expression de la volonté des parties et d'entourer le mariage de la publicité qu'il doit avoir par sa nature. C'est là le fondement rationnel de l'adage *Locus regit actum :* les actes dressés par les officiers publics, et dans les formes légales, font foi partout, parce qu'on doit supposer qu'ils sont l'expression de la volonté libre des parties contractantes. Tout cela est si évident qu'il serait inutile de le dire si le législateur français et la plupart des législateurs n'avaient dérogé à ces principes élé-

mentaires en donnant à leurs agents extérieurs le droit d'instrumenter dans le pays où ils sont accrédités. Mais le législateur ne peut pas déroger à l'essence des choses. Il est certain que la loi française n'a pas le droit d'instituer dans les pays étrangers des officiers publics ayant pouvoir d'imprimer l'authenticité aux actes qu'ils y recevraient : ce serait une usurpation de la puissance souveraine qu'aucun souverain ne peut souffrir. Voilà pourquoi le code Napoléon limite la compétence des agents diplomatiques et des consuls aux actes de l'état civil des Français en pays étranger. Mais, même ainsi limitée, l'institution des agents extérieurs, à titre d'officiers de l'état civil, ne se justifie qu'avec une nouvelle restriction, c'est que les actes reçus par ces agents ne sont valables qu'en France. L'article 48, comme j'en ai fait la remarque, semble donner une valeur absolue, universelle, aux actes de l'état civil des Français, reçus par les agents diplomatiques et les consuls, en les assimilant à ceux que reçoivent les officiers locaux. Mais le législateur français ferait vainement cette assimilation, il ne peut pas l'impossible, et il est légalement impossible que des actes reçus par des agents français dans un pays où ils n'ont pas le droit d'instrumenter aient la même foi que les actes dressés par les officiers locaux qui seuls ont le pouvoir d'instrumenter dans le pays où ils exercent leur ministère. Ma conclusion est que les actes de l'état civil reçus par les agents extérieurs n'ont de valeur légale qu'en France : parce que c'est la loi française seule qui les reconnaît, tandis que les actes reçus par les officiers locaux sont reconnus dans tous les pays par le droit des gens, en vertu de la règle *Locus regit actum.*

247. C'est sans doute pour donner aux actes reçus par les agents extérieurs une valeur internationale qu'ils n'ont point par eux-mêmes, que l'on a imaginé de leur appliquer la fiction diplomatique de l'exterritorialité. Mais cette extension d'une fiction absurde serait encore une plus grande absurdité ; de fait elle est abandonnée, et si on l'écarte, il ne reste pour justifier la compétence que le code Napoléon accorde aux agents extérieurs, en matière

d'état civil, que de reconnaître à l'Etat sur ses sujets qui se trouvent en pays étranger, le même pouvoir qu'il exerce sur eux dans le territoire où il exerce sa puissance souveraine. C'est sur ce pouvoir de l'Etat que la cour de cassation paraît fonder la compétence que l'article 48 accorde aux agents diplomatiques et aux consuls. Dans la célèbre affaire Sommaripa, il s'agissait de savoir si les agents diplomatiques pouvaient célébrer un mariage entre un Français et une étrangère. La cour se prononça pour la négative; je transcris les motifs : « D'après la législation invariablement observée en France et qui, dans aucun temps, n'a été méconnue, les actes de toute nature passés en pays étrangers entre des étrangers et des Français doivent être faits suivant les lois du pays où ces actes ont lieu. Ce principe, loin d'être modifié, a reçu une nouvelle force des articles 47 et 170 du code Napoléon, qui le rappellent de la manière la plus expresse. Si les agents diplomatiques et les consuls ont été autorisés par l'article 48 à recevoir les actes de l'état civil des Français en pays étranger conformément aux lois françaises, il résulte clairement et de l'*essence des choses* et du texte de la loi qu'il ne s'agit ici que des Français uniquement, *nos lois* et *nos agents* n'ayant de *pouvoir* à l'*étranger* que sur les *nationaux* (1). » La cour de cassation pose donc implicitement en principe que la *loi française* et les *agents extérieurs* de France ont *pouvoir* à l'*étranger* sur les Français, et c'est ce pouvoir que les auteurs du code civil ont exercé en autorisant les agents diplomatiques et les consuls à célébrer les mariages entre Français dans les pays où ils sont accrédités.

Cette décision soulève bien des doutes. D'abord, est-il bien vrai que la loi ait *pouvoir* sur les nationaux en pays étranger? c'est-à-dire, que l'Etat puisse exercer sur ses nationaux un acte de puissance sur un territoire étranger? C'est un principe élémentaire que la souveraineté ne dépasse pas les bornes du territoire sur lequel elle s'étend;

(1) Cassation, 10 août 1819 (Dalloz, *Répertoire*, au mot, *Acte de l'état civil*, n° 355).

ainsi, les agents publics ne peuvent pas arrêter un Français sur un territoire étranger, quand même il aurait subi une condamnation criminelle, et qu'il serait un forçat évadé; les décisions de nos tribunaux, qui sont présumées être l'expression de la vérité, perdent ce caractère hors de notre territoire; de là cet adage, que l'on trouve si souvent cité par les jurisconsultes, que hors du territoire on désobéit impunément à la loi nationale. Il y a une raison bien simple du caractère territorial de la souveraineté, c'est que si la souveraineté française pouvait exercer un acte quelconque sur le territoire d'un autre pays, il y aurait dans ce pays deux puissances souveraines, ce qui est impossible, puisque la souveraineté est exclusive de son essence, et indivisible : en ce sens, il faut dire, avec Portalis, que la souveraineté est tout ou qu'elle n'est rien.

Il y a encore une autre considération, qui est également décisive contre le principe admis par la cour de cassation. La cour suppose que la compétence des agents diplomatiques et des consuls est l'exercice d'un pouvoir sur les nationaux; c'est plus que cela, c'est l'exercice d'un pouvoir de souveraineté sur un territoire étranger. Qui a le droit d'instituer des fonctionnaires ayant pouvoir d'instrumenter dans un pays? Le souverain territorial et le souverain seul. Et que fait le code Napoléon en déclarant que les agents extérieurs ont le droit de recevoir les actes de l'état civil des Français en pays étranger? Il les institue officiers de l'état civil, avec pouvoir d'instrumenter et d'imprimer l'authenticité aux actes qu'ils reçoivent. En vertu de quel droit la France fait-elle acte d'autorité dans un pays étranger? Ce n'est pas sur des Français qu'elle exerce un pouvoir, c'est sur le territoire, elle y fait acte de souveraineté : et qui lui donne ce droit? A vrai dire, c'est une usurpation de la souveraineté territoriale. Cela est de toute évidence quand il s'agit de la célébration d'un mariage. Le code civil nous dira comment les choses se passent. Il veut que le mariage soit célébré conformément aux lois françaises (art. 48). Voilà déjà un fait qu'il est impossible de concilier avec la sou-

veraineté territoriale : le mariage, le plus solennel des actes, se célèbre, dans l'empire de la Chine, en vertu de la loi française et par un fonctionnaire français. L'ambassadeur ou le consul, au jour fixé par les parties, dans son hôtel, en présence de quatre témoins, fait lecture aux futurs époux du chapitre VI, du titre V, du code Napoléon. C'est donc une loi étrangère qui parle en Chine et y exerce son empire. Qu'on veuille bien me dire en vertu de quel droit? Après avoir reçu, de chacune des parties, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, l'ambassadeur prononcera, *au nom de la loi*, qu'elles sont unies par le mariage (art. 75). Cette *loi*, au nom de laquelle l'agent diplomatique *prononce* l'union est le code Napoléon, expression de la souveraineté française ; c'est donc au nom d'une souveraineté étrangère qu'un agent étranger exerce un ministère public. L'usurpation est patente. Et, notez que tout cela se fait en public, les portes de l'hôtel ouvertes, de sorte que le représentant de l'empire chinois peut venir assister, et il est même censé assister à un acte qui exige sa puissance souveraine. Cet acte, d'après la rigueur des principes, est nul, d'une nullité radicale ; il ne devrait produire aucun effet, pas même en France ; s'il y est considéré comme valable, c'est qu'il y a une disposition formelle (art. 48) qui le veut ainsi. Mais il est certain qu'il n'aura aucune valeur ailleurs, à commencer par l'Empire Céleste, où le mariage est célébré. Ceci est une conséquence d'une gravité extrême. J'y reviendrai.

248. Je dois m'attendre à des objections, puisque j'attaque la légitimité d'un principe qui est consacré non seulement par le code Napoléon, mais encore par la plupart des législations étrangères. On dira que la compétence des agents diplomatiques en matière d'état civil n'est pas un *pouvoir* proprement dit, ce qui ruinerait mon argumentation dans son fondement. On invoquera à l'appui de cette objection l'autorité de Merlin ; nous allons l'entendre. Il est certain que la célébration d'un mariage n'est pas un acte de juridiction contentieuse ; Merlin nie même que ce soit un acte de juridiction volontaire : « L'officier

de l'état civil n'y exerce qu'un *ministère passif*, il n'est que le *témoin authentique*, que le *rédacteur légal* du *contrat* qui se *forme* en *sa présence* (1). » Cette théorie est un souvenir de l'ancien droit, et un souvenir qui n'est pas même correct. Le mariage était célébré par le propre curé des parties; or, les gallicans ne voulaient pas admettre qu'un ministre du culte exerçât une autorité extérieure, puisque, dans leur doctrine, l'Eglise n'avait qu'une juridiction spirituelle, dans le for de la conscience; mais cela n'empêchait que le mariage fût célébré par le curé, il était donc plus que témoin; en réalité, il faisait fonction d'officier de l'état civil, en vertu d'une délégation du souverain. Avant le concile de Trente, on pouvait dire que le curé n'était qu'un simple témoin, car le mariage existait, même comme sacrement, par le concours de consentement des époux. Le concile de Trente et, en France, l'édit de Blois, firent du mariage un contrat solennel (2). Sous l'empire du code Napoléon, cela ne fait pas de doute; les actes de l'état civil n'ont d'existence aux yeux de la loi que s'ils sont reçus par un officier de l'état civil; s'ils étaient reçus par un autre officier public, ils seraient radicalement nuls. Il en est ainsi, notamment, du mariage. Je renvoie à mes *Principes de droit civil* (3).

Il est inutile d'insister sur des principes qui sont certains. Par une singulière inconséquence, Merlin lui-même admet la doctrine que j'enseigne dans cette Etude, de sorte que l'autorité que l'on m'oppose devient un appui pour moi. « Il n'y a pas, dit-il, un seul pays civilisé où le mariage ne soit considéré comme un contrat qui exige, pour sa perfection, l'intervention d'une *autorité publique*. Or, il n'y a d'*autorité publique* dans un *pays* que celle que le *souverain de ce pays* y a *établie*. De là la conséquence qu'en thèse générale, *nul mariage* n'est *valable*, s'il n'a été *célébré* devant un *officier préposé à cet effet* par le souverain du pays de sa célébration ».

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, t. XIX, p. 400 de l'édition de Bruxelles.
(2) Voyez, plus haut, nº 196, 226, et 231.
(3) Voyez mes *Principes*, t. II, p. 35, nº 23, et t. III, p. 9, nº 5.

249. Ce principe, si bien formulé par Merlin, suffirait pour terminer le débat. Mais que devient, dans cette doctrine, l'article 48 du code Napoléon, et la compétence qu'il attribue, en matière d'état civil, aux agents diplomatiques et aux consuls ? Merlin essaye de justifier la loi, mais sa justification tourne contre elle. Le législateur français peut dire à ses agents diplomatiques et consuls en pays étranger : « Je vous institue *officiers publics* à l'effet de célébrer des mariages dans le pays où je vous envoie. » Comment des agents français peuvent-ils être *officiers préposés à l'état civil*, dans un pays, sans être institués par le souverain ? Merlin croit échapper à la difficulté en limitant la compétence des agents extérieurs à la célébration du mariage entre Français : ils ne sont pas, dit-il, *officiers publics territoriaux*, il n'ont *qu'un caractère personnel*. L'explication cloche ; la compétence des *agents extérieurs* ne diffère de celle des *agents locaux* que sous le rapport de l'*étendue* de leur *pouvoir*, mais le pouvoir ne change pas de nature selon qu'il s'exerce à l'égard des Français ou à l'égard de toute autre personne ; c'est toujours un acte de souveraineté que d'imprimer l'authenticité aux actes de l'état civil, et c'est toujours agir au nom du souverain que de prononcer l'union des époux au nom de la *loi française*, expression de la souveraineté française.

La justification de Merlin est encore insuffisante sous un autre rapport, et elle conduit logiquement à la critique que j'ai faite de la compétence que le code Napoléon attribue aux agents diplomatiques et aux consuls. Merlin ne leur reconnaît qu'un *caractère personnel*, il leur conteste un caractère *territorial*. Or, la compétence des agents extérieurs, telle que les auteurs du code l'entendent, est essentiellement territoriale, en ce sens que l'article 48 la met sur la même ligne que la compétence des agents locaux dont parle l'article 47 ; les actes reçus par les uns et par les autres font foi partout, quoique les uns aient une compétence plus étendue que les autres. Dans la doctrine de Merlin, au contraire, il faut dire que les ambassadeurs et les consuls n'étant pas des agents

territoriaux, les actes qu'ils reçoivent entre Français n'auront de foi qu'entre Français, c'est-à-dire en France. Il en résulte une conséquence très grave, c'est que le législateur s'est trompé en assimilant les actes de l'état civil reçus par les agents diplomatiques et les consuls à ceux qui sont reçus par les agents locaux ; et en se trompant, il induit aussi les parties intéressées en erreur. Celles qui se marient à l'hôtel de l'ambassadeur ou du consul croiront que leur mariage sera valable partout, tandis qu'il ne sera valable qu'en France, et que la validité en pourra être contestée partout ailleurs. Je reviendrai sur ce point en abordant une dernière difficulté que présente cette difficile matière. La conséquence à laquelle Merlin aboutit est identique avec la doctrine que je défends dans cette Etude. Les agents diplomatiques et les consuls ne sont pas de vrais officiers de l'état civil, et la raison en est très simple ; c'est que la loi française ne peut instituer d'officiers publics que sur son territoire, elle n'a pas le droit d'établir des officiers de l'état civil sur le territoire d'un autre Etat ; donc, les agents extérieurs auxquels elle donne la mission de recevoir les actes de l'état civil et de célébrer des mariages sont, en réalité, sans pouvoir ; et des actes passés par des officiers publics sans pouvoir n'ont aucune valeur : tout ce que l'on peut admettre, c'est que la loi française les autorisant doit les considérer comme valables. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'article 48.

IV.

250. Le code Napoléon ne donne compétence aux agents diplomatiques et aux consuls qu'entre Français ; ils ne peuvent pas célébrer les mariages entre Français et étrangers. J'ai transcrit l'arrêt Sommaripa ; la jurisprudence de la cour de cassation est universellement suivie, et il ne saurait y avoir de doute sur ce point. Dans l'opinion que je viens d'émettre, cela est d'évidence. Si les agents extérieurs sont sans pouvoir à l'égard des Français, à plus forte raison n'ont-ils aucune autorité sur des

étrangers, et le législateur lui-même l'a reconnu en limitant la compétence des agents diplomatiques et des consuls aux actes de l'état civil *des Français* (art. 48). Ainsi circonscrite, l'attribution que le code Napoléon confère aux agents extérieurs n'atteint pas le but que le législateur a eu en vue. Quand des mariages se célèbrent en pays étranger, c'est d'ordinaire entre Français et étrangers. Ne pouvant pas se marier à l'hôtel de l'ambassadeur ou du consul, ils se trouvent souvent dans l'impossibilité de contracter un mariage valable, d'après les lois françaises. Aux termes de l'article 170, le mariage, pour être valable entre Français et étrangers, doit être célébré en pays étranger, dans les *formes usitées dans le pays*. Si ces formes sont religieuses, la célébration du mariage devient impossible pour les Français qui n'appartiennent pas à la confession ou à la religion du pays. Dans les Etats exclusivement catholiques, le Français protestant ou libre penseur ne serait pas admis à se marier à l'église, et le mariage civil n'y étant pas autorisé, il est dans l'impossibilité de satisfaire aux prescriptions de la loi française. Dans les pays de l'Orient, le mariage est régulièrement un acte religieux, ce qui exclut les étrangers. Il n'y aurait qu'un moyen pour eux de satisfaire au code civil, c'est que la compétence des agents extérieurs, limitée aux mariages entre Français, fût étendue aux mariages entre Français et étrangers. Reste à savoir si le législateur peut investir les agents diplomatiques et les consuls de ce pouvoir. A mon avis, la négative est certaine.

251. Quand les étrangers se trouvent en France, ils sont soumis aux lois de police et de sûreté (code Nap., art. 3); s'ils veulent se marier soit entre eux, soit avec des Français, ils doivent célébrer leur mariage devant l'officier de l'état civil, puisque cette solennité est de droit public. Mais quand un Français veut contracter mariage, en pays étranger, avec une étrangère, la loi française n'a plus aucune action sur celle des parties qui est étrangère; alors même que l'on admettrait que le code Napoléon a pu donner aux agents extérieurs un pouvoir sur les Français, il est d'évidence qu'il ne saurait leur donner une

autorité quelconque sur des étrangers; ceux-ci, dans leur patrie, sont soumis aux lois nationales, et ailleurs, à la loi territoriale, mais nulle part ils ne sont soumis à la loi française, sauf quand ils habitent la France. C'est ce que dit la cour de cassation, dans l'arrêt Sommaripa. La cour de cassation déclare, en termes énergiques, qu'il résulte de l'*essence des choses* que les lois françaises et les agents français n'ont de *pouvoir* à l'étranger que sur les *nationaux*. La cour ajoute que ce principe a toujours été *invariablement observé en France*, et que dans *aucun temps* il n'a été méconnu. En effet, il s'agit du principe de la souveraineté territoriale, donc, de l'existence même des Etats. Il ne saurait y avoir deux souverains dans un Etat, car la souveraineté est indivisible de sa nature; donc, le législateur du territoire y exerce seul la puissance souveraine; partant, il est impossible que la loi française et les agents français exercent une autorité, hors du territoire de France, sur des étrangers. Il faut même aller plus loin, et dire, comme je l'ai fait, que le principe s'applique aux Français qui se trouvent en pays étrangers : étant soumis à la souveraineté territoriale, il est impossible qu'ils soient soumis à la souveraineté française, sinon sur un même territoire il y aurait deux souverains, ce qui est absurde.

252. Merlin fait une objection puisée dans le code civil. Les officiers spéciaux de l'état civil d'une armée en campagne sont compétents pour célébrer les mariages des militaires français, soit que ces militaires épousent des Françaises, soit qu'ils épousent des étrangères. Est-ce que le législateur ne pourrait pas donner aux agents diplomatiques et aux consuls de France à l'étranger la compétence générale qu'il accorde aux officiers spéciaux de l'état major de l'armée hors du territoire du royaume? Il y a une réponse péremptoire à cette objection, et je suis étonné que Merlin ne l'ait pas faite; c'est le fameux principe que Napoléon a proclamé au conseil d'Etat, dans la discussion sur les actes de l'état civil d'une armée en campagne : *La où est le drapeau, là est la France*. Pour lui, la France était un camp, et le camp était la France. Donc, les actes de l'état civil reçus par les officiers d'état major,

au milieu d'une armée en campagne, étaient reçus en France, et ils avaient la même force que les mariages que l'on célèbre à l'hôtel de ville. Le principe du premier consul est une fiction analogue à celle de l'exterritorialité. Or, les fictions sont de droit étroit, et le législateur lui-même ne peut, en les créant, méconnaître les principes sur lesquels repose l'existence des sociétés civiles. Qu'en temps de guerre, la loi autorise des officiers d'état-major à célébrer des mariages entre Français et étrangers, cette compétence ne blesse pas la souveraineté territoriale, en ce sens que la guerre suspend les lois ordinaires ; ce n'est pas le droit qui règne, c'est la force. Laissons donc de côté l'empire de la violence, et voyons ce que le droit permet. Sur ce point, il ne saurait y avoir de doute. La souveraineté française n'a aucun pouvoir sur un territoire étranger. Il n'y a qu'un moyen de donner aux agents extérieurs une compétence relative à l'état civil : c'est le consentement de l'Etat, auprès duquel ils sont accrédités, c'est-à-dire un traité; j'y reviendrai.

Le droit des gens admet aussi l'autorité des usages qui s'établissent entre les nations. Peut-on considérer comme tel la fiction de l'exterritorialité? J'ai prouvé, dans le cours de ces Etudes, que cette fiction n'a jamais été admise, pas même en fait d'immunités diplomatiques, bien moins encore pour les actes de l'état civil et les mariages. En supposant même qu'on l'étendît à la compétence en matière d'état civil, il faudrait lui donner une nouvelle extension pour légitimer les mariages que les agents diplomatiques célébreraient entre Français et étrangers. Car on n'a jamais prétendu que l'hôtel de l'ambassadeur de France fût à tous égards une dépendance du territoire français, avec cet effet que l'autorité qui en France s'étend sur les étrangers pût s'exercer aussi sur les étrangers dans l'hôtel de l'ambassadeur. Une pareille extension est impossible, parce qu'elle serait souverainement absurde. On conçoit que les étrangers soient soumis, en France, aux lois de droit public, ou, comme dit le code Napoléon, aux lois de police et de sûreté : parce que l'existence de la société serait compromise si des étrangers pouvaient violer les lois constitu-

tives de l'Etat. Mais où est la nécessité de soumettre les étrangers à la loi française, en pays étranger, pour les actes qui se passent dans l'hôtel d'un ambassadeur? Qu'il y ait utilité à donner aux agents diplomatiques le droit de célébrer des mariages entre Français et étrangers, je ne le conteste pas; l'utilité est telle, que la plupart des Etats de l'Europe leur ont reconnu ce pouvoir. Mais l'utilité ne saurait justifier l'usurpation de la souveraineté : il n'y a qu'une voie légitime, c'est celle des traités.

253. Merlin a une autre solution qui confirme pleinement ce que je dis dans cette Etude sur l'incompétence des agents extérieurs en ce qui concerne l'état civil en l'absence d'un traité. « Le législateur peut dire aux agents diplomatiques et aux consuls : Je regarderai comme *valables en France* les mariages que vous célébrerez, au dehors, entre des *Français et des étrangers*, n'importe que dans le pays où vous les célébrerez, ils soient tenus pour tels, ou qu'on les considère comme nuls (1). » Ainsi les mariages entre Français et étrangers que les agents extérieurs célébreraient ne seraient valables qu'en France; ailleurs on pourrait les attaquer, les considérer comme nuls ou inexistants, puisqu'ils sont célébrés par des officiers publics sans pouvoir aucun là où ils instrumentent. Le législateur peut-il déclarer que les Français pourront se marier avec des étrangers devant un agent français, alors que rien ne garantit que la validité de ce mariage sera reconnue dans le pays même où il est célébré? Ne serait-ce pas tromper la confiance des Français et tromper surtout la bonne foi des femmes étrangères qu'ils épouseraient? Si les époux viennent en France, ces inconvénients disparaissent. Mais s'ils restent dans les lointains pays où le mariage a eu lieu? Les passions humaines sont si mobiles! La mésintelligence, le dégoût, une affection nouvelle entraîneront l'un ou l'autre des époux, parfois tous les deux, à s'engager dans de nouveaux liens. Le législateur français ne prêterait-il pas la main à ces scandales en autorisant des mariages dont il ne peut garantir la validité là

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Etat civil*, t. XI, p. 137 de l'édition de Bruxelles.

même où ils sont contractés, ni nulle part ailleurs qu'en France? Il veut rendre les mariages possibles; rien de plus moral, puisque si l'union légitime est impossible, il est à craindre que le concubinage ne prenne la place du mariage. Mais pour que la loi atteigne ce but, il faut que les mariages qu'elle autorise soient valables partout. Il n'y a qu'un seul moyen pour cela, ce sont des traités qui permettent à tous agents diplomatiques et consuls de célébrer les mariages entre leurs nationaux et des étrangers. Je vais mettre ce principe dans toute son évidence en exposant l'état de la législation anglo-américaine.

V

254. Dès l'année 1823, un acte fut passé par le parlement pour valider les mariages célébrés dans les hôtels des ambassadeurs, ainsi que ceux qui seraient célébrés dans les factoreries britanniques, là où il ne serait pas possible de contracter un mariage chrétien en se conformant à la loi du lieu (1). Plusieurs lois ont été portées depuis dans le même but. Celle du 28 juillet 1849 est ainsi conçue : « Le mariage célébré, dans une contrée ou ville étrangère, par un consul britannique, dûment autorisé à cet effet *sera considéré comme valable, ainsi qu'il le serait si le mariage avait été célébré dans les domaines de Sa Majesté,* avec observation de toutes les formes requises par la loi. » Les termes de ces actes sont beaucoup plus larges que ceux de l'article 170 du code Napoléon. L'acte de 1823 ne limite pas la compétence des consuls aux Anglais : il est conçu en termes tout à fait généraux : *le mariage;* de sorte que le consul peut célébrer le mariage entre Anglais et étrangers, même, au besoin, entre étrangers; et cela se pratique ainsi (2). Ces mariages sont aussi valables que s'ils avaient été contractés en Angleterre. Cela semble dire que les mariages célébrés par les consuls anglais seront valables partout.

(1) Je transcris ce que dit Lawrence de la loi de 1823, *Commentaire* sur Wheaton, t. III, p. 360.
(2) Lawrence, *Commentaire* sur Wheaton, t. III, p. 364 et 365.

Sur quel principe est fondée la validité des mariages ainsi célébrés? Il ne faut jamais demander un principe aux légistes anglais ni au législateur; les uns s'appuient sur des précédents, et l'autre agit par un motif d'utilité. Il importe que les mariages puissent être célébrés légalement dans les pays où l'on ne peut pas recourir à un officier local, puisqu'il n'y en a pas, le mariage étant un acte religieux. Voilà le motif d'utilité qui légitime la compétence des consuls. Rien de mieux. Mais il importe aussi aux parties intéressées que les mariages célébrés à l'étranger devant un consul britannique soient valables; cela importe aussi à l'Etat, puisque le mariage est la base de l'ordre civil et de la moralité. Il nous faut donc voir quelle est la valeur des mariages célébrés par les consuls anglais.

Il y a un cas dans lequel il est d'évidence que le mariage célébré par un consul britannique est nul, c'est quand aucune des parties n'est Anglaise. De quel droit un consul anglais célèbre-t-il le mariage de deux étrangers? Ce n'est pas en vertu de la fiction de l'exterritorialité, car cette fiction, quand même on l'admettrait en matière d'état civil, n'a jamais été appliquée aux consuls; elle a été imaginée pour justifier les immunités dont jouissent les souverains, en pays étranger, et, par suite, leurs représentants. Or, les consuls n'ont point le caractère représentatif qui n'appartient qu'aux agents diplomatiques. Si l'on écarte cette fiction, il ne reste que le pouvoir que le législateur anglais a en pays étranger; or, en principe, il n'a aucun pouvoir sur des étrangers; donc il n'en peut confier aucun à ses agents. Vainement déclarerait-il valables les mariages célébrés par un consul britannique, ces mariages seraient sans valeur aucune là même où ils auraient été contractés; de sorte que ceux qui se marient aujourd'hui devant un consul ne seraient point légalement unis, et pourraient, par conséquent, dès le lendemain, contracter un second mariage dans les formes prescrites par les lois locales. Quel trouble dans l'état des personnes et dans l'ordre moral! Les prétendus époux unis par le consul seront des concubins, leurs enfants des

bâtards ; contractent-ils un nouveau mariage, l'époux remarié sera considéré comme bigame en Angleterre et comme époux légitime ailleurs. Voilà à quoi aboutit l'utilité quand on ne tient aucun compte du droit !

Si le consul britannique célèbre le mariage d'un Anglais avec une étrangère, les conséquences seront les mêmes : car le consul n'a aucune autorité sur l'étranger, il ne peut donc le déclarer uni légalement par le mariage : la loi, au nom de laquelle il prononcerait l'union serait la loi anglaise, or, cette loi n'oblige pas les étrangers. Il y aura donc de nouveau un mariage valable en Angleterre, et nul ailleurs. Je viens de le démontrer en m'appuyant de l'autorité de Merlin et de la jurisprudence française. Les principes sont partout les mêmes, comme le dit la cour de cassation, car ils résultent de l'essence de la souveraineté. A mon avis, il en serait de même des mariages célébrés par un consul britannique entre Anglais. En supposant que la loi anglaise ait empire sur les sujets britanniques en pays étranger, tout ce qui en résulterait, c'est que les mariages célébrés par un consul d'Angleterre seront valables en Angleterre, mais la loi anglaise n'a aucun pouvoir sur le territoire étranger, donc les mariages ainsi célébrés n'auront aucun effet sur ce territoire, partant, ils seront plus que nuls, ils seront inexistants.

255. Le gouvernement anglais a reconnu lui-même que rien ne garantissait la validité des mariages célébrés par les consuls britanniques. On lit dans une circulaire du *Foreign Office* du 28 février 1867 : « Mon attention, dit le secrétaire d'Etat, a été appelée dernièrement sur la *validité* des mariages célébrés dans les hôtels des représentants diplomatiques de Sa Majesté la reine en pays étranger *entre sujets anglais et étrangers*. Après avoir consulté les officiers légaux de la couronne, j'ai à vous donner pour instruction de *faire connaître aux sujets de Sa Majesté*, afin qu'ils comprennent bien la situation dans laquelle ils se trouveraient en pareilles circonstances, qu'un mariage ainsi contracté n'*est pas nécessairement valide en dehors des possessions de Sa Majesté.* » Le secrétaire d'Etat ne dit pas que les mariages seront nuls,

il parle avec la réserve qui convient à un diplomate; ce n'est pas au gouvernement de déclarer nuls des mariages qu'un acte du parlement autorise; la question de nullité sera débattue devant les tribunaux, et les tribunaux décideront. L'arrêt Sommaripa nous apprend comment les tribunaux français jugeraient, et on jugerait de même partout ailleurs, car le principe de souveraineté, en vertu duquel la cour a déclaré nul un mariage célébré par un agent diplomatique entre un Français et une étrangère, est un principe universel dont les tribunaux sont les gardiens. Le lord chancelier d'Angleterre s'est exprimé en ce sens : « Nous ne pouvons faire plus que reconnaître la validité de ces mariages dans notre propre pays. Il va sans dire que nous ne pouvons avoir aucune influence sur des pouvoirs étrangers relativement à la validité des mariages dans leur pays. »

Je ne sais si des mariages célébrés par un consul anglais ont été attaqués et annulés. Voici les faits que je trouve rapportés dans l'enquête que le gouvernement fit à l'occasion de la dernière loi qui fut portée sur le mariage (1) et qui paraît limitée aux sujets britanniques (2). Le sous-secrétaire Hammond s'exprime comme suit : « Il est arrivé des cas où l'on a attaqué des mariages dans lesquels l'une des parties était française, belge ou espagnole, et l'autre anglaise. La validité du mariage a été mise en question, les lois du pays où il a été contracté ne reconnaissant pas de tels mariages. Les embarras qu'un tel état de choses est propre à produire décidèrent le secrétaire d'Etat à envoyer une circulaire à tous nos ministres, circulaire qui sera maintenant étendue à nos consuls. Cette circulaire leur recommande expressément d'avertir les parties, dans tous les cas de mariages mixtes célébrés dans une ambassade ou un consulat britannique, que le mariage n'est réellement et nécessairement valide qu'en Angleterre. » Hammond rappelle un fait récemment sur-

(1) The consular marriage act (1868) 31 et 32 Vict., c. 61. Je n'ai pas sous les yeux le *Report of the royal marriage commission*. Mes citations sont empruntées à Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 362-364.
(2) Phillimore, *Private international law*, p. 282, n° 4008.

venu en Espagne, où l'on arrêta une femme espagnole pour avoir osé se marier et vivre maritalement avec un Anglais, le mariage ayant été célébré au consulat britannique à Barcelone. Le gouvernement anglais n'eut aucun pouvoir pour s'y opposer.

Dans l'enquête faite par la commission royale, on demanda à M. Hammond : « Est-il arrivé à votre connaissance que cette législation ait donné lieu à des suites fâcheuses ? » Le sous-secrétaire répondit : « Nous avons eu le cas d'une Anglaise qui se maria avec un Français dans ce pays ; les autorités françaises ne veulent pas reconnaître ce mariage. J'ai fait allusion à ce qui est arrivé en Espagne en 1850. L'avocat de la reine, à cette époque, ne voulut pas prendre sur lui d'affirmer que le mariage d'un sujet espagnol dans un consulat d'Angleterre devrait être regardé comme valable s'il était contraire à la loi espagnole. » La commission fut d'avis qu'un mariage solennisé par le consul ne devrait être déclaré valable par la loi anglaise que dans le cas où les deux parties seraient sujets anglais.

Ce que la commission dit du mariage entre Anglais et étrangers est vrai aussi du mariage entre Anglais célébré par un consul dans un pays étranger, sans que le souverain de ce pays ait autorisé les agents britanniques à solenniser ces unions. Sans cette autorisation, les agents britanniques sont radicalement incompétents pour célébrer des mariages sur un territoire où le souverain territorial a seul le droit de commander. Si la question de la validité d'un mariage pareil se présentait, je le suppose, devant un tribunal chinois, les juges décideraient certainement qu'un mariage célébré dans l'Empire Céleste par des Barbares de l'Occident, en vertu de leur loi, est, en Chine, sans valeur aucune, pas plus entre Anglais qu'entre Anglais et Chinois.

256. Un acte du Congrès des Etats-Unis du 22 juin 1860 autorise les mariages contractés devant le consul ; il porte (§ 31) : « Tout mariage célébré *par-devant un officier consulaire* en pays étranger, entre des personnes qui seraient autorisées à se marier, si elles résidaient

dans le district de Colombie, aura *force et effet* et sera valable à tous égards, comme s'il avait été célébré aux Etats-Unis. » Cette disposition n'est pas aussi générale et aussi absolue qu'elle en a l'air. Elle fait partie d'un acte intitulé : « Pour mettre à exécution les traités avec la *Chine* et avec d'autres *nations non chrétiennes.* » D'après l'interprétation du département des affaires étrangères, l'article que je viens de transcrire ne s'applique qu'aux pays hors de chrétienté. Il faut encore apporter une autre restriction aux termes généraux de l'acte du Congrès. Les agents diplomatiques français sont constitués officiers de l'état civil : ils célèbrent les mariages, ils prononcent l'union des époux au nom de la loi française. Il en est de même des agents extérieurs belges, anglais, italiens, allemands. Il en est tout autrement des agents américains : le Congrès ne dit point qu'ils célèbrent le mariage; le mariage est célébré devant eux, ce qui veut dire que ce sont les parties qui le célèbrent. Cela est en harmonie avec le droit des Etats-Unis, qui ne prescrit aucune solennité pour la validité du mariage; le consentement des époux suffit; en ce sens, ils célèbrent eux-mêmes leur mariage, et c'est aussi de cette manière que les choses se passent devant les consuls américains; s'ils interviennent dans les pays hors de chrétienté, c'est pour certifier que le mariage a eu lieu; à cet effet, l'acte de 1860 dispose que dans tous les cas où il y aura un mariage par-devant un officier consulaire, ledit officier devra remettre à chacune des parties un certificat du mariage et en envoyer un au département des affaires étrangères pour y être conservé. Cette mesure concerne la preuve du mariage plutôt que sa validité. Le mariage serait valable quand même il n'aurait pas été contracté devant le consul; mais, dans ce cas, il serait difficile de le prouver, tandis que la célébration devant le consul donne aux parties une preuve authentique de leur union. Cela explique les termes absolus de l'acte de 1860. Les officiers consulaires n'ont aucune compétence pour célébrer eux-mêmes les mariages. Peu importe donc la nationalité des personnes qui se présentent devant eux; qu'ils soient Américains ou étrangers,

ils ont le droit de faire certifier leur union par le consul, puisqu'ils ont le droit de se marier aux Etats-Unis dans le district de Colombie. Bien entendu que ces mariages américains n'auront de valeur légale qu'aux Etats-Unis. Le législateur américain n'entend point décider la question de savoir si un mariage contracté devant un de ses agents sera regardé comme valable ailleurs.

257. La loi de l'empire d'Allemagne du 6 février 1875 porte (art. 85) : « La présente loi n'abroge pas les dispositions de celle du 4 mai 1870, relative au mariage et aux actes de l'état civil des nationaux de l'empire qui se trouvent à l'étranger. Le chancelier de l'empire peut conférer à tout agent diplomatique ou consulaire de l'Empire les attributions relatives à la célébration des mariages et aux actes de l'état civil des nationaux de l'empire et de ceux qui vivent sous sa protection. »

La loi du 4 mai 1870 avait été portée pour les Etats de la Confédération ; elle n'est relative qu'aux actes de l'état civil des sujets de la Confédération. Il n'y est pas question des étrangers. C'est le système français. Lawrence fait la remarque suivante sur la validité des mariages célébrés par les agents extérieurs de l'empire : « Il en est de cette loi comme de l'acte du parlement anglais dont nous avons parlé. Les mariages contractés, même entre des citoyens allemands, dans les pays chrétiens ne sont efficaces que dans l'empire germanique, à moins que l'on n'ait suivi les formalités usitées dans le pays où ils sont célébrés. » Il faudrait dire plutôt : A moins que le législateur territorial n'ait autorisé les agents diplomatiques et consulaires à célébrer sur son territoire les mariages entre leurs nationaux.

258. Il est temps de conclure, et la conclusion s'impose d'elle-même. L'état actuel des choses est mauvais. Quand même on limiterait la compétence des agents diplomatiques et des consuls aux mariages entre les nationaux, comme le fait le code Napoléon, il reste un doute sur la validité de ces mariages ; l'article 48 les déclare valables, mais il est certain que le législateur français ne peut garantir cette validité que pour la France ; il ne lui appar-

tient pas de décider si les actes de l'état civil reçus par ses agents extérieurs seront valables ailleurs. J'ai exposé les motifs, très graves, à mon avis, qui doivent faire considérer ces actes comme nuls. Le doute seul suffit pour que l'on doive chercher un moyen de valider les actes reçus par les agents extérieurs. Le doute augmente, pour mieux dire, la certitude de la nullité, quand les agents diplomatiques et les consuls procèdent à la célébration de mariages contractés entre leurs nationaux et des étrangers. La législation française qui est aussi la nôtre s'y oppose formellement. En Angleterre, les actes du parlement ont autorisé les consuls et les ambassadeurs à célébrer ces unions; mais le gouvernement s'est vu obligé d'avertir ceux qui auraient recours à un de ces agents pour la célébration de leur mariage que la loi n'en garantit la validité qu'en Angleterre. Conçoit-on que le législateur dise à ses nationaux : « Je vous permets de contracter mariage à l'étranger devant mes agents extérieurs, mais sans vous garantir que votre union sera valable là même où vous la contracterez, ni ailleurs, sauf dans le pays auquel vous appartenez? » Il s'agit du contrat le plus important de la vie, d'un contrat d'où dépend l'état des familles, la légitimité des enfants, l'existence de la société civile, d'un contrat qui est le fondement de la morale. Livre-t-on un contrat pareil à l'incertitude la plus absolue quant à son existence même? N'est-ce pas provoquer et favoriser l'inconstance des passions humaines et pousser au désordre, à la bigamie, aux calculs de l'immoralité?

Et, d'un autre côté, il faut à tout prix un autre moyen, pour les nationaux des divers Etats de l'Europe, de contracter un mariage légitime dans les pays où il leur est impossible de célébrer leur union dans les formes qui y sont usitées. Si on ne leur offre aucun moyen de légaliser leur union, il en résultera un danger permanent pour les mœurs, ce sera presque une excuse pour des relations illégitimes : il est inutile de s'appesantir sur les conséquences déplorables qui en résulteront pour la moralité et pour l'état des familles. C'est pour prévenir ce danger,

qui menacerait l'existence même de la société, que l'on a eu recours à l'intervention des agents diplomatiques et des consuls. Mais ce n'est qu'un expédient; le mariage doit être certain et valide partout, sinon on laisse la porte ouverte à l'immoralité, et on légitime pour ainsi dire l'incertitude d'un contrat qui est le fondement des familles et des sociétés. J'ajouterai qu'il devient tous les jours plus nécessaire de remplacer l'incertitude par la certitude la plus absolue. Lawrence en a fait la remarque. « Autrefois, dit-il, les conflits des lois au sujet des mariages contractés avec des étrangers se présentaient rarement. Mais si l'on considère l'extension des rapports tous les jours plus intimes entre les peuples civilisés, provenant de l'application de la vapeur à la navigation et aux chemins de fer, et de l'électricité à la télégraphie; si l'on songe que voyager n'est plus seulement l'affaire de ceux qui font le commerce, mais qu'il y a toujours, dans chaque pays, plusieurs milliers de familles comprenant un nombre indéfini de personnes des deux sexes ayant l'âge requis pour contracter mariage, on conçoit, comme le dit très bien un légiste américain, jusqu'à quel point est *urgente* la nécessité d'une *règle commune* qui soit *reconnue* dans *tous les pays*, afin que les tribunaux puissent décider, d'après cette règle, si les parties sont mariées ou non (1). »

259. Si le mariage civil était établi partout tel qu'il existe dans plusieurs pays de l'Europe, avec l'intervention d'un officier public établi pour solenniser les mariages, le problème serait résolu. Ce serait l'application universelle de la règle admise par le droit des gens, *locus regit actum*. Cela suppose que partout l'Etat est sécularisé, que partout il s'est dégagé des liens qui l'enchaînaient à la religion et à l'Eglise. Cette révolution s'accomplira, mais ce serait une étrange illusion d'espérer qu'elle se fera de si tôt dans les pays qui n'appartiennent pas à la civilisation européenne. Et ce n'est pas une solution ajournée à des siècles qu'il nous faut, il faut une solution actuelle, immédiate.

(1) Bishop, *On Marriage and Divorce*, t. Ier, § 363, p. 303. Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 379.

Un publiciste américain que j'ai déjà eu l'occasion de citer ici, et que je devrai encore combattre dans la matière qui fait l'objet de cette Etude, M. Wharton, enseigne que le mariage consiste, en essence, dans le consentement des parties, abstraction faite de toute solennité; ces solennités, d'après lui, n'ont qu'une valeur locale et ne doivent pas être prises en considération dans le droit international privé. Je reviendrai sur ce système, qui est emprunté à la pratique des Etats-Unis. On ne peut l'admettre comme solution de la difficulté que présentent les mariages contractés en pays étranger. D'abord cette doctrine est en opposition avec le droit commun de l'Europe, qui considère le mariage comme le plus solennel des contrats; et cette règle n'est pas une de ces lois locales et arbitraires que l'on pourrait écarter pour arriver à une règle universelle; la conviction des légistes européens est, au contraire, que la solennité est de l'essence du mariage, et telle est aussi la tendance des législations modernes, puisque le mariage civil, partout où il s'établit, a pour conséquence l'institution d'un officier de l'état civil qui prononce l'union des époux au nom de la loi. Tel étant le mouvement naturel et rationnel des idées, on tenterait vainement de s'y opposer; ce serait, comme on dit, un progrès en arrière, et la civilisation ne rétrograde pas, elle avance. Que les Américains tiennent à leur liberté un peu sauvage, soit; leur droit n'est pas le dernier mot du progrès législatif, ils entrent seulement dans la vie politique, et ils se rapprocheront, en plus d'un point, de ce qui se fait dans le vieux monde; la sauvagerie n'est pas précisément l'idéal de la société. Chose remarquable! Quand il s'est agi de déterminer les conditions du mariage dans les pays non chrétiens, tels que la Chine et le Japon, les Américains ont laissé là leur théorie du mariage qui se parfait par le seul consentement, en ce sens du moins qu'ils ont exigé l'intervention d'un consul pour donner de la certitude au mariage : c'est le premier pas vers la solennisation de l'union conjugale.

260. La solution que nous cherchons a été indiquée par un publiciste américain, Lawrence, c'est la conclusion

de conventions internationales. Je vais compléter sa pensée en précisant l'objet de ces traités. Les agents diplomatiques et les consuls sont le lien des peuples civilisés. Il faut mettre cette excellente institution à profit pour réaliser le but de notre science, la communauté de droit entre les peuples, dans le domaine des intérêts privés. Voilà une belle mission pour la diplomatie; je n'en connais pas de plus noble. On me dira que je m'égare dans l'utopie, après que je l'ai écartée, en parlant du mariage civil. Il est vrai que la diplomatie paraît occupée exclusivement de la grandeur des Etats que les agents extérieurs représentent. Tel a été effectivement le rôle de la vieille diplomatie. Mais la diplomatie se modifiera, comme toutes choses changent et progressent. L'ère des conquêtes est close. Après que le grand conquérant de notre siècle a conduit la France au bord de l'abîme et est allé mourir à Sainte-Hélène, je doute qu'il se trouve encore un homme ou une nation qui place son ambition à s'agrandir par la voie des armes : là où un géant a échoué, les pygmées ne réussiraient certes pas. Les relations internationales deviendront de plus en plus pacifiques; et, par suite, les diplomates ne songeront plus à entretenir les jalousies et les haines, ils travailleront à la grande œuvre de la civilisation, œuvre sans fin, puisque nous devons tendre à la perfection sans y arriver jamais.

Dès maintenant la révolution est en voie de s'accomplir. Au début de ces Etudes, j'ai dit que la codification du droit civil international est prématurée, mais rien n'empêche que la diplomatie pourvoie à des besoins qui se font sentir, et cela se fait sous nos yeux. Tous les jours nous lisons sur des cartes-correspondance qui nous viennent de l'étranger cette suscription : *Convention postale universelle*. Si les Etats ont pu s'entendre pour faire un traité universel en matière de correspondance, l'entente sera encore plus facile quand on voudra sérieusement établir une règle commune pour la célébration du mariage en pays étranger par les agents diplomatiques et les consuls. La raison en est bien simple : c'est que l'intérêt de tous les Etats est le même, et là où les intérêts sont identiques, l'accord est

facile, pour mieux dire, il est fait d'avance. Il suffit d'obtenir pour tous les Etats contractants l'autorisation de procéder, par leurs agents extérieurs, à la célébration des mariages entre leurs nationaux et entre nationaux et étrangers. Je ne pense pas qu'il se trouve un Etat qui refuserait cette autorisation, car, en l'accordant aux autres, il l'obtient pour lui-même. Tant que la Chine et le Japon s'entouraient d'un mur pour écarter tout étranger, les conventions étaient naturellement impossibles, mais aussi la difficulté ne se présentait point. Le mur est tombé sous le canon anglais et américain. Il ne faudra plus l'empire du canon pour conclure des conventions sur l'état civil.

Lawrence s'étonne que les Etats-Unis, dans les nombreux traités qu'ils ont conclus avec tous les Etats sur l'émigration et la naturalisation, n'aient pas songé à arrêter des règles communes pour la célébration des mariages. Il est certain que ces traités sont un des faits les plus mémorables de notre époque; des barrières séculaires ont été détruites, le droit d'aubaine a été aboli, le lien d'allégeance qui enchaînait le citoyen à sa patrie a été rompu; le cosmopolitisme envahit les peuples qui s'isolaient dans leur orgueil national. Voilà les signes d'un temps nouveau. Si des préjugés enracinés ont cédé devant la nécessité de faciliter les relations internationales, on aurait tort de désespérer du succès de négociations qui ne heurtent aucun préjugé et qui ne feront que consacrer un fait qui est toléré partout. Heffter dit que la célébration des mariages dans les hôtels des ambassadeurs est tolérée dans les divers Etats : si on la tolère, pourquoi se refuserait-on à la légitimer? La tolérance ne suffit point, car elle ne donne aucun droit; on ne pourrait pas l'invoquer pour valider les mariages qui seraient célébrés par un agent diplomatique ou par un consul; la tolérance implique, au contraire, que ce qui est toléré se fait sans droit, et ce qui se fait sans droit ne saurait avoir d'effet légal.

261. J'ajouterai une considération à l'appui de la compétence diplomatique en matière d'état civil. Dès que le souverain territorial l'autorisera, par voie d'un traité qui

finira par devenir universel, les mariages célébrés par les agents diplomatiques et les consuls auront une existence légale dans tous les Etats qui accéderont à la convention. Dans l'état actuel de la législation, les mariages contractés à l'étranger doivent, pour être valables, être célébrés dans les formes usitées dans le pays. Quand la validité de ces unions est contestée, il faut que le juge consulte les lois locales ; or, la connaissance des lois étrangères est chose excessivement difficile. Je ne pense pas qu'il existe dans aucune bibliothèque d'aucun Etat une collection complète des lois étrangères, texte original, traductions officielles ou privées, débats parlementaires, commentaires les plus autorisés. De là une grande incertitude et une mer de doutes. La compétence diplomatique préviendra ces difficultés, au moins le plus souvent. Les agents extérieurs dans les pays lointains recevront les actes dans les formes prescrites par leurs lois nationales; et c'est aussi d'ordinaire dans l'Etat que les agents diplomatiques représentent qu'il y aura des procès concernant l'état des personnes, puisque c'est là que se trouvent leurs familles, ainsi que le siége de leurs intérêts. Dans ces circonstances, la décision du juge sera facile, puisqu'il aura à faire l'application des lois nationales.

262. L'auteur de ces Etudes ne se fait aucune illusion sur le succès de ses efforts. Il sait, par l'étude de l'histoire et des lois, avec quelle lenteur s'accomplit le progrès, alors même que les idées sont mûres. Bien des années se passeront, des siècles peut-être, avant qu'il y ait une convention universelle qui règle la célébration des mariages en pays étranger. Il serait donc bon de trouver un autre moyen légal de célébrer les mariages, surtout dans les pays non chrétiens. Voici la proposition que j'ai faite dans l'avant-projet de revision du code civil : « En pays étranger, les mariages entre Belges et entre Belges et étranger pourront se faire par l'officier de l'état civil belge de la dernière résidence du Belge, en vertu d'une procuration reçue par le consul, ou d'une procuration sous seing privé, légalisée par le consul. » Cette disposition est empruntée au code des Pays-Bas (art. 134); elle

y a été introduite pour faciliter le mariage des Néerlandais qui habitent les colonies ou qui voyagent dans les pays lointains. C'est une exception au droit commun, qui n'admet pas le mariage par procuration. L'exception se justifie par la nécessité. Les Belges qui voudraient se marier entre eux ou avec une étrangère s'adresseraient au consul pour faire une procuration portant leur consentement, et le pouvoir que les parties donneraient à un mandataire de les représenter devant l'officier de l'état civil de la dernière résidence du Belge. Une expédition de l'acte de célébration serait envoyée au consul ou à l'agent diplomatique et transcrite sur ses registres. Il serait prudent de prescrire des publications dans le pays où se trouvent les Belges. Ces publications seraient faites à l'ambassade ou au consulat. L'agent extérieur enverrait une expédition du procès-verbal des publications en même temps que la procuration des parties. A la rigueur, les procurations pourraient se faire par actes sous seing privé, sauf à faire légaliser les signatures par les consuls. C'est encore une dérogation au droit commun, qui exige une procuration authentique. Il ne faut pas être trop formaliste quand il s'agit de faciliter et de légitimer des mariages contractés dans de lointaines contrées.

SECTION III. — Des mariages célébrés à l'étranger.

§ I. *Considérations générales.*

263. Les Français peuvent se marier en pays étranger : quelles sont les conditions requises pour la validité de ces mariages? Il y a des conditions prescrites pour la forme; il y en a d'autres qui concernent la capacité des parties contractantes. Le mariage étant un contrat solennel dans la doctrine du code Napoléon, il est régi, quant aux formes, par la loi du lieu où il est célébré (art. 170); s'il est valable d'après la loi du pays où il est contracté, il sera valable partout, en vertu de la règle universellement reçue, *Locus regit actum*. Cette règle ne s'applique pas

aux conditions de capacité ou d'incapacité que la loi française établit pour la validité du mariage; les Français y restent sujets en pays étranger, ils ne peuvent s'y marier qu'à l'âge requis par le code civil et avec le consentement de leurs ascendants ou de la famille, et les empêchements dirimants ou prohibitifs les suivent également à l'étranger; quand même leur mariage serait valable quant à ces conditions intrinsèques, d'après la loi du pays où il est célébré, il serait nul en France s'il était contraire à la loi française. C'est une application du statut personnel: « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger » (art. 3). Cette distinction entre la loi de la forme et la loi du statut personnel est une des bases de la science du droit international privé; je l'ai exposée dans tout le cours de ces Etudes. Elle trouve une confirmation dans la doctrine du code Napoléon.

264. Mais cette théorie n'est pas reçue dans tous les pays. Le droit anglais étend au mariage la loi qu'il applique à tous les contrats, celle du lieu où l'acte est passé : *Lex loci contractûs vel actûs*. De sorte que si des Français se marient en Angleterre, le mariage sera valable, quand même les époux n'auraient pas l'âge requis par le code Napoléon ou qu'ils se seraient mariés sans le consentement de leurs ascendants. Cette diversité de législation entraîne les conséquences les plus déplorables. Le mariage, considéré comme valable en Angleterre, sera annulé en France : ceux qui en Angleterre sont réputés époux légitimes seront concubins en France, les enfants nés de leur union seront bâtards en France et légitimes en Angleterre. En France les prétendus époux peuvent se remarier, et c'est ce nouveau mariage qui sera seul valable s'il est conforme à la loi française, tandis qu'en Angleterre ils seront considérés comme bigames, et leurs enfants seront adultérins.

M. Brocher déplore ce regrettable conflit; il dit, et avec raison, que dans une telle matière les Etats divers ne devraient pas légiférer dans l'isolement, qu'il faudrait s'entendre, afin de déterminer des règles communes pour

les mariages contractés à l'étranger (1). La communauté de droit est l'idéal de notre science ; on peut dire que pour le mariage c'est une rigoureuse nécessité : conçoit-on qu'un contrat qui est la base de la société civile, un contrat qui est le fondement de la morale, soit livré à l'incertitude, de sorte que les mêmes personnes seront, dans deux pays voisins, ici époux légitimes et là des concubins, et que leurs enfants seront légitimes tout ensemble et bâtards! Cependant, dit M. Brocher, les légistes anglo-américains semblent prendre bien facilement leur parti d'un état de choses dont il peut surgir de nombreux désordres (1). Ils se bornent à des récriminations ; à les entendre, c'est la France qui a tort; nous écouterons leurs raisons et nous essayerons de les ramener à une appréciation plus équitable, afin d'arriver à une conciliation. Les légistes français, de leur côté, pourraient s'en prendre à la *common law*. Quelle est la source de ce conflit qui doit affliger tous ceux auxquels la moralité tient à cœur?

265. Le mal n'est pas dans un caractère particulier à la législation française ; elle a consacré les vrais principes en admettant la loi du lieu où le mariage se contracte, pour déterminer les formes dans lesquelles il doit être célébré, et en maintenant la loi personnelle ou nationale des parties pour tout ce qui concerne les conditions de capacité. Rien de plus rationnel. C'est le législateur local qui seul est compétent pour prescrire les formes les plus propres à assurer la libre expression de la volonté des parties contractantes; voilà pourquoi ces formes doivent être les mêmes pour tous ceux qui se marient, étrangers ou indigènes. Il n'en est pas de même des conditions de capacité ; elles dépendent des mille et une causes qui caractérisent les nationalités diverses; il est donc juste qu'elles soient établies par les lois nationales et que ces lois suivent les personnes partout où elles résident. Les Anglo-Américains, au contraire, ne tiennent aucun compte de la loi personnelle; quand des Français con-

(1) Brocher, *Nouveau traité de droit international privé*, p. 110, n° 29.

tractent mariage, ils ne s'enquièrent point s'ils sont capables, d'après la loi française, de se marier, ou s'ils sont incapables ; ils leur appliquent la loi anglaise. Est-ce que par hasard des lois faites pour des Anglais, expression de leurs idées, de leurs sentiments, de leurs préjugés mêmes, doivent régir toutes les nations, malgré la différence du génie national? Ce serait dire que tous les hommes doivent être des Anglais. Les Français, que l'on accuse d'être le plus vain des peuples, n'ont point de ces prétentions-là ; quand des Anglais se marient en France, on ne les soumet pas à la loi française, on leur applique leur loi nationale. C'est respecter ce qu'il y a d'individuel dans la nationalité. Qui mieux que le législateur national peut savoir à quel âge les indigènes peuvent se marier, et s'ils ont ou non besoin du consentement de leurs ascendants ou de la famille? C'est ce respect réciproque des lois nationales que notre science demande; quand elle prend pour idéal la communauté de droit entre les peuples, elle n'entend pas leur imposer à tous les mêmes lois. Dès le début de ces Etudes, j'ai dit que c'est là une fausse utopie. Que chaque nation se régisse par ses lois particulières en cherchant à réaliser la perfection comme elle l'entend ; mais que chacune respecte aussi la loi des autres Etats. Les Anglais se marieront d'après leurs lois, partout où ils résideront, en France comme en Angleterre ; et les Français se marieront partout d'après la loi française ; de cette manière les mariages seront toujours valables, pourvu que les parties contractantes aient observé leurs lois nationales. Voilà l'œuvre de conciliation à laquelle notre science doit travailler. J'ai essayé de combattre les préjugés que les Anglo-Américains nourrissent contre la personnalité des statuts (1); je vais reprendre la même œuvre, pour ce qui concerne le mariage.

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 163, nº 85-96.

§ II. *Droit français.*

N° 1. DU MARIAGE DES FRANÇAIS EN PAYS ÉTRANGER.

266. Le code Napoléon distingue les formes des conditions intrinsèques. Quant aux formes, il consacre le droit commun consacré par l'adage universellement admis : *Locus regit actum.* Aux termes de l'article 170, le mariage contracté en pays étranger entre Français, et entre Français et étrangers, sera *valable* s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays. Si deux Français veulent se marier à l'étranger, ils peuvent encore le faire conformément aux lois françaises, en faisant célébrer leur union par un agent diplomatique ou un consul français (code Nap., art. 48). Je laisse de côté ce mode de célébration dont je viens de traiter longuement. J'ai aussi consacré à la maxime *Locus regit actum* une longue étude, à laquelle je renvoie (1), pour m'en tenir à ce qui regarde spécialement le mariage. Le code civil subordonne la validité du mariage contracté à l'étranger à l'observation des formes locales; cela veut dire que le mariage sera valable, quand même les formes de la loi étrangère différeraient des formes de la loi française. D'après le code Napoléon, la célébration du mariage par un officier de l'état civil est de l'essence du mariage, de sorte que, s'il était célébré en France par un ministre du culte, il serait inexistant. Mais le législateur français n'a pas pu imposer cette forme comme condition d'existence des mariages célébrés à l'étranger, puisqu'il se peut que le mariage civil n'y existe point, ou même qu'aucune solennité ne soit prescrite, le mariage étant considéré comme valable par le seul consentement des parties. Peu importe que le mariage soit un acte religieux en pays étranger (2) ou qu'il se contracte sans forme aucune : valable d'après la loi locale, il sera valable en France.

(1) Voyez le tome II de ces Études, p. 417, sect. V.

(2) Jugé par la cour de Bruxelles, 26 novembre 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 2, 511), que le mariage célébré par des Belges en Angleterre, devant un ministre anglican, est valable en Belgique.

267. Faut-il aussi admettre la proposition inverse, c'est-à-dire le mariage sera-t-il nul s'il est nul en vertu de la loi étrangère? Le code ne dit pas cela; l'article 170 ne décide pas une question de nullité. Il est de doctrine et de jurisprudence que les mariages des Français contractés en pays étranger sont régis par les principes qui gouvernent les mariages contractés en France. Or, le mariage est soumis à une règle toute spéciale en ce qui concerne la nullité du contrat; on n'en peut demander l'annulation que lorsque la loi prononce expressément la nullité. Le législateur français, que les légistes anglo-américains accusent d'une rigueur excessive, a, au contraire, voulu limiter la nullité du mariage aux causes les plus graves, à raison du trouble que l'annulation porte dans l'état des personnes; il y a donc bien des dispositions prohibitives ou impératives dont l'inobservation n'entraîne point la nullité. Telles sont notamment les formalités, peut-être trop nombreuses, qui précèdent ou accompagnent la célébration du mariage; le mariage n'est pas nul par cela seul qu'elles n'ont pas été observées. Le code Napoléon ne considère comme substantielles que les formes qui tiennent à la publicité des mariages; j'y reviendrai. La législation anglaise est plus sévère, trop sévère même. Que faudrait-il décider si un mariage célébré entre Français en Angleterre était nul pour vice de formes d'après les lois anglaises, tandis qu'il ne serait pas nul en vertu du code civil? Pourrait-on en demander la nullité en France? Si l'on s'en tenait à l'adage traditionnel *Locus regit actum*, il faudrait répondre affirmativement. Mais cette maxime est modifiée par la loi française, et il faut l'accepter avec cette modification et décider, par conséquent, que le mariage contracté par des Français en Angleterre ne peut être attaqué en France pour vice de formes que dans les cas et sous les conditions prévues par la loi française. Il en résulte qu'il pourra y avoir conflit; un mariage, nul en Angleterre, sera valable en France. Ce conflit ne peut être vidé que par un traité, et il me semble que l'on devrait se prononcer pour la validité du mariage; il serait peu rationnel d'annuler en France un

mariage célébré en Angleterre, alors que ce même mariage serait valable s'il avait été contracté en France. Si les parties étaient étrangères, l'anomalie n'aurait rien de choquant : elles doivent accepter et subir, au besoin, leurs lois nationales. Par identité de raison, il convient d'appliquer la loi française aux Français. Quant à l'adage *Locus regit actum*, on ne peut pas le considérer comme une maxime absolue, surtout en matière de mariage, car ce n'est pas pour le mariage qu'il a été établi, mais pour les écrits authentiques ou sous seing privé; la célébration du mariage est un fait, et un fait d'une importance tout autre que la rédaction des actes. Quand il s'agit de la nullité du mariage, on doit laisser de côté toute considération d'analogie, car il n'y en a pas. Le principe qui doit dominer en cette matière, c'est qu'il faut maintenir le mariage quand l'annulation n'est pas commandée par des motifs d'ordre public. Cela est décisif. Les simples formes sont étrangères à l'ordre social; si donc un mariage, quoique vicié dans la forme, est valable en France, on doit étendre le même principe aux mariages contractés en pays étranger.

268. Quant à la publicité, il n'y a aucune difficulté, en ce qui concerne le principe. Si le mariage était nul à l'étranger comme clandestin, les tribunaux français en prononceraient également l'annulation, sauf à user du pouvoir discrétionnaire que le code civil leur accorde en cette matière, toujours en vue de maintenir le mariage. La publicité peut être plus ou moins grande, la clandestinité n'est donc pas un vice absolu; il n'existe point, par cela seul que telle ou telle formalité n'a pas été observée : c'est une question de fait que le juge décide d'après les circonstances de la cause.

Le législateur français s'est préoccupé de la publicité des mariages que les Français célèbrent en pays étranger. Il est certain que ces mariages auront une publicité moindre que s'ils avaient été célébrés en France. Or, la publicité intéresse la famille et la société, en ce sens que l'une des formalités prescrites par la loi, les publications, a pour objet de porter l'union qui va être célébrée à la con-

naissance de ceux qui ont le droit de former opposition, et l'opposition est une garantie sociale, puisqu'elle peut faire connaître à l'officier de l'état civil un empêchement qu'il ignore. Voilà pourquoi l'article 170 veut que le mariage des Français, célébré en pays étranger, soit précédé de publications faites en France, conformément à la loi française. Cette disposition a donné lieu à de longues controverses. La cour de cassation l'a d'abord appliquée avec une rigueur qui n'était certes pas dans l'esprit de la loi en annulant les mariages étrangers, par cela seul qu'il n'y avait pas eu de publications en France. Le code Napoléon a voulu sauvegarder l'intérêt social en empêchant les Français de se marier, à l'étranger, en fraude de leur loi nationale ; mais quand il n'y a aucune fraude, ni aucune atteinte à un droit de la société, il faut maintenir le mariage, quand même il n'y aurait pas eu de publications en France ; l'annuler pour le seul défaut de publications, ce serait compromettre l'état des familles tout ensemble et l'intérêt de la société que les auteurs du code ont voulu garantir. En définitive, le code civil ne fait que consacrer le principe que la tradition française a toujours reconnu, à savoir qu'il n'est pas permis aux particuliers de frauder leur loi personnelle ou nationale. Les époux se sont-ils mariés en pays étranger pour frauder la loi française, les tribunaux annuleront le mariage; ont-ils agi de bonne foi, leur mariage sera valable, bien entendu s'ils ont observé les conditions intrinsèques prescrites par le code Napoléon, sous peine de nullité. Or, la fraude est une question de fait, laquelle dépend des circonstances de la cause; donc les juges du fait ont, en cette matière, un pouvoir absolu d'appréciation. C'est en ce sens que la jurisprudence française et belge s'est prononcée; je me borne à citer le dernier arrêt de la cour de cassation de France :

« Attendu que l'article 170 ne prononce pas la nullité du mariage contracté entre Français en pays étranger, même dans le cas où le mariage n'a pas été précédé de publications en France; que les magistrats sont appréciateurs souverains des circonstances et de la bonne foi des

époux; que si une intention de frauder la loi n'est pas établie, ils peuvent rejeter la demande en nullité. » Dans l'espèce, les époux français avaient célébré leur mariage en Angleterre, sans publications et sans le consentement du père de la future, à un âge où il fallait encore des actes respectueux; mais la cour de Paris constate que les époux, en se mariant à l'étranger, sans publication de bans en France, et sans actes respectueux, n'ont pas eu en vue un mariage clandestin, et n'ont pas cherché à éviter une opposition prévue dans la famille; ce qui suffit pour valider le mariage. La cour ajoute que le père, ayant approuvé tacitement le mariage contracté sans son consentement, était par cela même, aux termes de l'article 183 du code civil, non recevable à l'attaquer; et l'arrêt de Paris avait décidé en fait que le père avait donné son approbation au mariage (1).

269. L'article 171 prescrit une autre formalité pour les mariages que les Français contractent en pays étranger : « Dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire de l'empire, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger sera transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile. » Quel est le but de cette disposition, et quel sera l'effet du défaut de transcription? Ces questions ont donné lieu à de longues controverses. Il est certain que le mariage ne peut être annulé, par le motif que l'acte de célébration n'a pas été transcrit en France, car il n'y a pas de nullité sans texte. Et, à mon avis, il est tout aussi certain que la transcription n'a pas été prescrite pour donner de la publicité au mariage que les Français contractent en pays étranger, par la raison bien simple que la transcription ne rend pas le mariage public, la vraie publicité pour un mariage résulte de la possession d'état; on ne doit donc pas conclure du défaut de transcription que le mariage ne produira pas en France les effets qui supposent la publicité; l'article 171 ne dit pas cela. Partant on reste sous l'empire des

(1) Rejet, 8 mars 1875 (Dalloz, 1875, I. 482). Comparez mes *Principes de droit civil*, t. III, p. 39, § II.

principes généraux; par application de ces principes, il faut décider que si le défaut de transcription cause un dommage aux tiers, ceux-ci auront une action en dommages-intérêts contre l'époux qui aura négligé de faire transcrire l'acte de célébration sur les registres en France. C'est cette opinion qui a fini par prévaloir. La transcription est une mesure d'ordre; les registres de l'état civil doivent contenir les actes qui concernent l'état des Français; si ces actes sont passés à l'étranger, il convient qu'ils soient transcrits en France, afin que les registres soient complets, et puissent être utilement consultés par tous ceux qui y ont intérêt (1). En ce sens, la transcription contribue à la publicité de l'état civil, et elle devrait être ordonnée pour tous les actes reçus à l'étranger; mais il serait trop rigoureux de subordonner à l'accomplissement de cette formalité les effets de l'état civil, en tant que des tiers y sont intéressés; il y aurait à cela un danger extrême pour les parties contractantes; c'est que les effets du mariage à l'égard des tiers dépendraient d'une formalité que le plus souvent les époux ignorent, et qu'il est si naturel d'oublier après un laps de temps plus ou moins long. Le législateur doit veiller à ce que la transcription se fasse par voie administrative, et par l'intermédiaire des agents diplomatiques ou consuls. J'ai fait une proposition en ce sens, dans le projet de revision du code civil.

270. L'article 170 ajoute une seconde condition concernant les mariages que les Français célèbrent à l'étranger; ils sont tenus d'observer les dispositions contenues au chapitre Ier, lequel traite des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage : telles sont l'âge, le consentement des parties, des ascendants ou de la famille, les empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance. Puisque toutes ces dispositions sont prescrites sous peine de nullité; il en résulte que le mariage célébré à l'étranger sera nul dans les cas où il aurait été nul, s'il avait été célébré en France. C'est l'application la plus élémentaire des règles qui régissent le statut personnel : aux

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. III, p. 50, nos 48-38.

termes de l'article 3, les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger »; or telles sont bien les lois qui règlent la capacité qu'il faut avoir pour contracter mariage, ou l'incapacité qui résulte des empêchements que le code établit. Tant que le Français n'a pas abdiqué sa nationalité, il reste soumis à son statut national en ce qui concerne le mariage, comme pour toutes les autres relations d'état personnel. Dans l'ancien droit, le statut se déterminait par le domicile; j'ai dit, en exposant les principes généraux de notre science, que cette doctrine conserve encore des partisans en droit moderne. La législation française est conçue dans un autre esprit; en parlant des lois personnelles, elle ne fait jamais mention du domicile : l'article 170, de même que l'article 3, dont il est une application, nomme les Français; ce sont les Français que le code soumet à la législation française, sans distinguer s'ils sont domiciliés en France ou dans le pays où ils célèbrent leur mariage; donc tant qu'ils conservent leur qualité de Français, ils sont tenus d'observer la loi française, quant aux qualités et aux conditions requises pour pouvoir contracter mariage. Il y a un cas dans lequel il peut y avoir quelque difficulté en fait; en droit il n'y en a point. Un Français s'établit en pays étranger; il y fixe son domicile; cela ne l'empêche pas de rester Français, à moins qu'il ne l'ait fait sans esprit de retour. Quand peut-on dire qu'il s'est établi sans esprit de retour? C'est une question de fait, abandonnée à l'appréciation du juge. Le Français a-t-il conservé l'esprit de retour, il restera soumis à la loi française pour les qualités et conditions qui concernent le mariage (1). S'est-il établi à l'étranger sans esprit de retour, il perd la qualité de Français et le statut qui y est attaché. Quel sera son nouveau statut? S'il a acquis une nationalité nouvelle, ce sera le nouveau statut qui recevra son application; s'il n'a pas acquis une patrie nouvelle, il sera soumis à la loi du territoire pour les conditions intrinsèques du

(1) Ainsi jugé par la cour de Paris, du 20 janvier 1873 (Dalloz, 1875, 2, 59).

mariage, aussi bien que pour les solennités ; légalement il est sans statut, puisque le statut personnel dépend de la nationalité. C'est une anomalie que les lois devraient éviter, mais qui existe sous l'empire du code Napoléon, et qui se présentera dans tous les cas où il y a émigration, avec intention de s'expatrier. L'émigrant n'a plus l'esprit de retour ; par cela même il perd la qualité de Français, et il n'acquiert pas encore une nouvelle patrie, les lois exigeant généralement une résidence plus ou moins longue, comme condition de la naturalisation ; pendant cette espèce de stage, il est sans nationalité, donc sans statut national ; la force des choses conduit à la conclusion qu'il est soumis à la loi du territoire où il s'établit.

271. Parmi les conditions que le chapitre Ier prescrit pour pouvoir contracter mariage, il y en a une qui ne constitue qu'un empêchement prohibitif, ce sont les actes respectueux. Il est certain que les Français qui contractent mariage à l'étranger doivent demander le conseil de leurs ascendants, alors même que les lois du pays où ils contractent mariage n'exigeraient pas cette formalité ; telle est la législation anglaise, qui ne connaît pas les actes respectueux, et c'est à peu près le droit commun de l'Europe. Si les Français se marient à l'étranger sans avoir demandé le conseil de leurs ascendants, le mariage sera-t-il nul ? L'article 170 ne prononce pas la nullité ; il en résulte que le mariage ne sera pas nul par cela seul que les époux n'auront pas fait d'actes respectueux. Mais les tribunaux pourront-ils prononcer la nullité, s'il était établi que les futurs époux se sont mariés en pays étranger pour échapper à l'obligation de demander le consentement des ascendants ? Il y a un motif de douter. S'ils s'étaient mariés en France, leur mariage eût été valable, quand même ils n'auraient pas fait d'actes respectueux. Un empêchement prohibitif deviendra-t-il dirimant, si le mariage est célébré en pays étranger ? Cela serait d'une rigueur extrême : un mariage valable s'il avait été contracté en France deviendrait nul s'il est célébré en Angleterre. Quelle serait la raison de cette différence ? Les époux se sont soustraits à l'obligation que la loi leur im-

pose. Soit mais; s'ils s'étaient mariés en France, leur mariage n'en eût pas moins été valable; vainement les ascendants auraient-ils formé opposition, il eût suffi de leur faire des actes respectueux pour faire tomber cet empêchement. Est-ce que pour le défaut d'une simple formalité il convient d'annuler un mariage? La jurisprudence est incertaine. La cour de cassation laisse un pouvoir d'appréciation au juge, pour le défaut de publications; et elle semble leur laisser le même pouvoir pour le défaut d'actes respectueux; le dernier arrêt que j'ai cité est conçu en ce sens (n° 268). Il y a un arrêt plus ancien, qui paraît écarter la nullité, en matière d'actes respectueux (1); mais il faut remarquer que la décision n'est point formelle, elle résulte seulement d'un considérant; et de plus, dans l'espèce, la cour d'appel avait jugé que les époux n'avaient pas songé à faire fraude à la loi, ce qui est décisif pour l'application de l'article 170, puisque cette disposition a pour but de prévenir la fraude à la loi française.

Même ainsi interprété, le code Napoléon me paraît trop rigoureux. Peut-on dire qu'il y ait fraude à la loi française quand les époux se marient en pays étranger sans avoir fait d'actes respectueux? Les actes respectueux sont une simple formalité, qui n'est exigée par aucune loi étrangère; les auteurs du code eux-mêmes n'y attachent qu'une médiocre importance, puisqu'ils n'en font qu'un empêchement prohibitif; donc, le mariage est valable, quoique contracté au mépris de l'autorité des ascendants : pourquoi cette autorité aurait-elle une plus grande force en pays étranger qu'en France? Peut-on dire que ce soit frauder la loi française quand les époux se soustraient à une formalité qu'il leur est si facile de remplir? Ce n'est en définitive, qu'une question de frais, et si le mariage à l'étranger n'avait d'autre objet que d'éviter ces frais, ce serait un très mauvais calcul. Mais un mauvais calcul est-il une fraude? Sans doute, les époux manquent à leur devoir : c'est une raison pour leur infliger une peine; mais

(1) Rejet, 14 août 1841 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 394, 14°). Comparez mes *Principes de droit civil*, t. III, p. 40, n° 28.

l'annulation d'un mariage est une chose si grave qu'on ne doit la permettre, même en cas de fraude, que lorsqu'il s'agit d'une disposition essentielle. Je reviendrai sur la fraude, elle soulève des doutes et des difficultés.

N° 2. DU MARIAGE DES ÉTRANGERS EN FRANCE.

272. L'étranger peut se marier soit en pays étranger, soit en France. Le code Napoléon ne dit rien d'aucune de ces hypothèses. Cela se comprend pour la première. Les auteurs du code ne s'occupent pas du droit civil international, sauf quand des Français sont en cause. S'agit-il d'étrangers qui se marient en pays étranger, il faut appliquer par analogie les principes qui régissent le mariage des Français. Quant aux solennités, il y a une règle universellement reçue qui reçoit son application aux étrangers comme aux Français, c'est l'adage traditionnel, *Locus regit actum* : on le suit aussi pour la célébration du mariage, comme je le dirai plus loin. Il ne peut être question d'exiger des publications en France, en vertu de l'article 170, puisque cette disposition ne s'applique qu'aux Français ; l'article 171 est également inapplicable, pour la même raison. Quant aux conditions intrinsèques, on applique aux étrangers, comme aux Français, leur statut personnel. Valable là où le mariage a été célébré, le mariage est par cela même valable en France. Il y a cependant une restriction à cette décision : un mariage qui serait contraire à une loi d'intérêt social ne serait pas reconnu en France. C'est encore l'application d'un principe général, en vertu duquel le statut réel domine le statut personnel, quand le statut réel, comme je le suppose, concerne un droit de la société française. Je reviendrai sur ce point.

273. Dans l'ancien droit on discutait la question de savoir si le changement de domicile des époux exerçait une influence sur l'existence ou sur la validité du mariage. J'ai examiné cette difficile matière en traitant du domicile et de la nationalité (1). Dans le droit moderne, ce n'est

(1) Voyez le tome III[e] de ces Etudes, p. 508, n° 290.

plus le domicile qui détermine le statut des personnes, c'est la nationalité, ce principe est établi par l'article 3 du code Napoléon, et appliqué au mariage par l'article 170. Toutefois la difficulté peut se présenter. En règle générale, l'existence et la validité du mariage dépendent de la loi personnelle, c'est-à-dire nationale des époux. Mais il est de principe que, s'il y a conflit entre le statut personnel et le statut réel, celui-ci l'emporte. Quand, en matière de mariage, le statut est-il réel? Je reviendrai plus loin sur la question : la réalité des statuts est une des grandes difficultés du droit international privé.

274. On lit dans les procès-verbaux de Locré : « Le premier consul demande pourquoi le projet de code civil ne s'explique pas sur les mariages contractés en France par des étrangers. » Réal répond que c'est parce qu'un article déjà adopté par le conseil décide que les étrangers résidant en France sont soumis aux lois françaises (1). » La critique de Napoléon est juste; il y a une lacune dans le code civil, elle a été comblée par le code italien, et, à sa suite, j'ai proposé de le faire dans l'avant-projet de revision du code des Belges. Ce que Réal dit n'est pas tout à fait exact, et, en tout cas, il reste des difficultés que le législateur n'a point décidées. Réal faisait allusion à l'article 3, qui porte : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. » A certains égards ce principe reçoit son application au mariage. C'est un contrat, mais il dépend du droit public plus que du droit privé; en ce sens on peut dire que les étrangers qui se marient en France sont soumis aux lois françaises. Cela veut-il dire qu'ils y sont soumis en toutes choses, et que pour le mariage il n'y a aucune différence entre les étrangers et les Français? Réal semble le croire. Ainsi entendue, son observation serait inexacte. L'article même qu'il invoque en fournit la preuve. Il reproduit la doctrine traditionnelle des statuts ; le troisième alinéa dispose que les lois concernant l'état et la capacité des per-

(2) Séance du conseil d'Etat, du 4 vendémiaire an x, nº 21 (Locré, t. II, p. 327 de l'édition belge).

sonnes régissent les Français même résidant en pays étranger; l'article 170 applique ce principe au mariage. Par identité de raison, les étrangers sont régis en France par leur statut personnel ou national. Malgré les doutes que l'on a élevés sur ce point, la jurisprudence s'est prononcée en ce sens, et elle est aujourd'hui unanime. Il en résulte que, contrairement à ce que disait Réal, les étrangers qui se marient en France sont soumis, en ce qui concerne les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage, à leur loi personnelle ou nationale, et non à la loi française. Mais ici reparaît la difficile question que je viens d'ajourner (n° 273) : est-ce que les étrangers sont aussi soumis aux lois françaises pour ces qualités et conditions? Si Réal l'entendait ainsi, il se trompait; car il en résulterait qu'en fait de mariage les étrangers auraient deux statuts, leur statut national et le statut du pays où ils célèbrent leur mariage; cela n'est pas admissible. Quand il s'agit des Français qui se marient à l'étranger, le code civil dit qu'ils doivent observer les dispositions du chapitre Ier qui règle les qualités et les conditions requises pour pouvoir contracter mariage; il ne dit pas qu'ils sont en outre soumis aux lois du pays où ils se marient; il semble plutôt dire le contraire, puisqu'il ne soumet les Français aux lois territoriales étrangères que pour les solennités, tandis que pour les conditions intrinsèques, l'article 170 ne mentionne que les lois françaises. Il en faut dire autant des étrangers qui se marient en France; ils sont régis, pour ce qui concerne la capacité de se marier, par leur loi personnelle, et non par la loi française. Toutefois cela est trop absolu. Il y a des dispositions de la loi territoriale auxquelles tous les habitants du territoire sont soumis, les étrangers comme les nationaux, ce sont celles qui concernent l'intérêt de la société, son existence, sa conservation, son perfectionnement; les Français y sont soumis quand ils se marient en pays étrangers, et les étrangers doivent les respecter quand ils se marient en France. Quelles sont ces dispositions que, dans le langage de la tradition, on appelle statuts réels? Le code civil ne répond pas à la question. Si le conseil

d'Etat avait fait droit à l'observation de Napoléon, il aurait été amené à examiner ces difficultés qui, dans le silence de la loi, sont très grandes.

275. Tels sont les principes, avec la lacune qui résulte du silence du code. Dans la théorie française, il faut distinguer deux ordres de lois, celles qui règlent les solennités du mariage, et celles qui déterminent les qualités et les conditions requises pour pouvoir contracter mariage. Quant aux formes, il faut appliquer aux étrangers ce que le code Napoléon dit des Français. Ceux-ci doivent, quand ils se marient en pays étranger, célébrer leur mariage dans les formes usitées dans le pays (art. 170). De même les étrangers qui se marient en France doivent observer toutes les solennités prescrites par la loi française. J'ai dit plus haut (n° 214) que, dans l'opinion de Savigny, les mariages pouvaient être célébrés dans les formes prescrites par la loi du domicile, de sorte que le mariage d'un étranger, célébré en France devant un ministre du culte, conformément à la loi de son domicile, serait valable, et j'ai cité les circulaires de deux ministres de la justice qui se sont prononcés dans le même sens. D'après le droit français, c'est une erreur; aussi la jurisprudence n'a-t-elle tenu aucun compte des circulaires ministérielles; les tribunaux ont annulé les mariages ainsi célébrés (n°s 235-236). Le code offre néanmoins aux étrangers un moyen de célébrer leur union d'après leurs lois nationales. Les Français peuvent se marier en pays étranger, devant les agents diplomatiques et consuls de France (art. 48); les étrangers ont le même droit en France, si leur droit national confère ce pouvoir aux agents extérieurs. J'ai exposé les sérieuses difficultés auxquelles donne lieu cette attribution des fonctions de l'état civil à des fonctionnaires qui n'y seraient point autorisés par le souverain territorial. Dans l'état actuel de la législation, la France doit permettre aux agents diplomatiques et aux consuls de recevoir sur son territoire les actes de l'état civil, comme elle permet à ses agents extérieurs de les recevoir en pays étranger. Les mariages ainsi célébrés ne sont pas soumis aux lois françaises; ils sont régis par la

loi du pays qui a accrédité les agents diplomatiques et les consuls. Le code le dit (art. 48) pour les mariages célébrés en pays étranger par les agents français; il faut admettre la même règle pour les mariages des étrangers célébrés en France dans l'hôtel de l'ambassadeur et du consul; de sorte que le mariage y pourrait être valablement contracté devant un ministre du culte, si telle était la loi nationale des parties contractantes, tandis que les mariages célébrés par un ministre du culte, en France en dehors des hôtels diplomatiques seraient nuls. Cette anomalie ne s'explique guère d'après les principes de droit : elle pourrait être admise pour faciliter les mariages, que le législateur doit toujours favoriser; mais il faudrait pour cela des conventions internationales.

276. Le code civil soumet les Français qui se marient en pays étranger aux lois françaises qui règlent les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage. Il ne dit rien de la capacité des étrangers qui se marient en France. La question doit être décidée par le principe du statut personnel, dont l'article 170 fait une application au mariage. Faut-il appliquer aux étrangers, en France, ce que l'article 3 dit des Français en pays étranger, c'est-à-dire, sont-ils régis en France par leur statut personnel ou national? J'ai examiné la question de principe dans le cours de ces Etudes (1). Bien que l'affirmative soit généralement admise, le silence du code laisse la porte ouverte aux dissentiments. Nous allons entendre la jurisprudence; elle a décidé le pour et le contre, sans discuter ni approfondir la question.

La cour de Rennes commence par constater que les parties en cause sont étrangères. Le père, quoique résidant depuis plusieurs années en France et y ayant son principal établissement, avait conservé sa nationalité bavaroise; sa fille, née en France, n'avait pas fait la déclaration prescrite par l'article 9 pour acquérir la nationalité française, elle était donc étrangère comme son père. La cour rappelle ensuite qu'aux termes de l'article 3 du

(1) Voyez le tome IIe de ces Etudes, p. 75, nos 45-52.

code civil, les lois concernant l'état et la capacité des personnes suivent les Français dans quelque lieu qu'ils se trouvent ; d'où résulte qu'en cas de mariage contracté hors de France, tout ce qui touche à la substance même du contrat, aux qualités et conditions qui déterminent la capacité des contractants continue d'être gouverné par les lois françaises (art. 170), Puis la cour ajoute qu'il en est de même des *étrangers* qui sont *toujours* régis par le statut personnel du pays auquel ils appartiennent (1). L'arrêt cite ce principe comme un axiome, sans ajouter un mot pour le motiver. C'est la bonne opinion, à mon avis : mais quelle autorité peut s'attacher à des décisions non motivées ?

Quelques années plus tard, la cour de Caen s'est prononcée pour l'opinion contraire. Dans l'espèce, un Prussien voulait contracter mariage en France ; il ne se trouvait dans aucun des cas d'incapacité prévus par la loi française ; mais, dit l'arrêt, il paraissait avoir été l'objet d'une condamnation portée en Prusse pour infraction à la loi du recrutement. Quelle devait être l'influence de cette peine sur la capacité du milicien réfractaire ? La cour constate d'abord en fait que les autorités prussiennes, auxquelles le milicien s'était adressé pour savoir si la condamnation le frappait d'incapacité, se refusèrent à donner aucune explication, elles se refusèrent même de communiquer la sentence. En droit, l'arrêt s'exprime d'une manière dubitative : « Il paraît résulter du code prussien que la seule peine infligée au milicien insoumis consiste dans la mainmise du gouvernement sur ses biens, et rien n'annonce qu'elle entraîne incapacité de mariage. » Le premier juge avait exigé la preuve de la capacité du futur époux en se fondant sur le droit commun : l'officier de l'état civil ne peut marier que les personnes qui prouvent qu'elles sont capables de contracter mariage. La cour réforma cette décision et ordonna à l'officier de l'état civil de procéder à la célébration du mariage. Pour écarter l'objection résultant du statut personnel, elle dit

(1) Rennes, 16 mars 1842 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 307.

que, *dans tous les cas,* une pareille incapacité ne pourrait avoir d'effet en France, où les *lois prussiennes sont dépourvues* d'autorité (1). » C'est nier le statut personnel de l'étranger. Les lois étrangères n'ont jamais d'*autorité*, en ce sens qu'elles n'ont pas de pouvoir de coaction hors du territoire sur lequel s'étend la souveraineté; mais cela n'empêche pas le statut personnel de suivre les nationaux partout où ils résident. Le code le dit des Français qui résident en pays étranger, sans avoir la prétention d'exercer une autorité quelconque sur ces pays: par identité de raison, il faut admettre et l'on admet généralement que le statut personnel des étrangers les régit en France. La cour de Caen ne prononce pas le mot de lois personnelles; c'était cependant là l'objet du débat. Puis la cour pouvait examiner si toute espèce d'incapacité prononcée par une loi étrangère a effet en France. La question n'est pas sans difficulté, et elle méritait d'être discutée si, dans l'opinion de la cour, l'incapacité dont le milicien étranger était frappé ne devait pas avoir d'effet en France. Il fallait pour cela que la nature de cette incapacité fût bien établie; mais telle est notre ignorance des lois étrangères que nous ne savons pas même quelles sont les causes qui rendent nos plus proches voisins incapables de se marier. Je constate cette ignorance aussi souvent que l'occasion s'en présente; non pas pour faire honte aux magistrats, puisqu'il s'agit d'une ignorance universelle, et notre ignorance est tout aussi grande en ce qui concerne le droit civil international. Quand ces Etudes n'auraient d'autre utilité que d'appeler l'attention sur des questions et des difficultés tous les jours plus nombreuses, je m'en féliciterais; il en résultera, comme première conséquence, la nécessité de compléter l'enseignement du droit en créant des chaires de législations comparées et de droit international, ce qui serait déjà un grand bienfait.

277. Ce n'est pas ici le lieu d'examiner toutes les difficultés que présente l'application du statut personnel au mariage; je les traiterai au fur et à mesure que je les

(1) Caen, 16 mai 1846 (Dalloz, 1847, 2, 33).

rencontrerai. Telle est, par exemple, la question de savoir si la mort civile, encourue en pays étranger, empêche celui qui est mort civilement de contracter mariage en France. Le divorce offre des controverses plus épineuses que j'ai déjà en partie résolues, et sur d'autres, je reviendrai plus loin. Puis vient la difficulté qui fait l'objet spécial de notre science. Les étrangers sont soumis à leur statut personnel, en ce qui concerne les qualités et les conditions requises pour pouvoir contracter mariage. Ne sont-ils pas soumis également à certaines conditions établies par la loi française dans un intérêt général? Je traiterai à part cette matière où les doutes abondent. Pour le moment je dois m'arrêter au statut personnel de l'étranger. La capacité de se marier en dépend. De là la nécessité pour l'officier de l'état civil qui procède à la célébration du mariage, et pour le magistrat appelé à décider les contestations qui y sont relatives, d'appliquer les lois étrangères; pour les appliquer, il faut les connaître. Nous venons d'entendre une cour d'appel avouer son ignorance des lois allemandes. Que sera-ce des officiers de l'état civil?

Quand des Français veulent contracter mariage, la loi oblige les parties de remettre à l'officier de l'état civil les pièces relatives à leur *état* et à l'observation des formalités préliminaires qu'elle prescrit; elle veut, de plus, que l'officier public fasse lecture de ces pièces aux parties, en présence des témoins et du public, afin de constater officiellement la capacité des futurs époux et l'accomplissement des formes légales. S'agit-il des étrangers, la loi garde le silence; mais ici il faut appliquer ce que Réal dit au conseil d'Etat, que les étrangers sont soumis à la loi française. Si les Français doivent justifier de leur capacité, par identité de raison, les étrangers sont tenus de faire cette justification : c'est un intérêt de police et d'ordre public. Il ne faut pas qu'au nom de la loi un officier de l'état civil prononce l'union de deux personnes qui n'auraient point la capacité requise pour se marier. Mais comment l'officier public s'en assurera-t-il? Pour les étrangers, il y a une difficulté spéciale. L'officier de l'état

civil connaît la loi française, il l'a sous les yeux, il sait quelles sont les pièces que les contractants doivent lui présenter pour prouver leur capacité ; tandis qu'il ne connaît point la loi étrangère, il ignore quelles sont les conditions requises pour que les comparants puissent s'unir légalement par le mariage. Puisqu'il ne peut marier que les personnes capables, c'est à ceux qui veulent célébrer leur mariage d'établir leur capacité. Sur le droit de l'officier de l'état civil, il ne saurait y avoir de doute ; mais grande est la difficulté de savoir comment les parties contractantes justifieront de leur capacité. Je vais d'abord dire ce qui se fait en France (1).

278. Une ordonnance du 22 juillet 1808 défend aux sujets bavarois de contracter mariage en pays étranger ; l'article 16 donne le motif de cette étrange prohibition : « La présente ordonnance ayant favorisé autant que possible toutes les unions matrimoniales contractées dans le royaume, il est sévèrement défendu de contracter mariage à l'étranger. *Tous les mariages contractés hors du royaume seront considérés comme nuls.* » De même, une loi de Wurtemberg du 4 septembre 1808, déclare nuls les mariages contractés à l'étranger par les sujets du roi, sans autorisation ou dispense du gouvernement.

Ces prohibitions, d'abord ignorées en France, y eurent de funestes conséquences, c'est que des mariages contractés par des sujets de Bavière et de Wurtemberg avec des Françaises étaient nuls, de sorte que les époux qui se croyaient unis légitimement vivaient en concubinage, leurs enfants étaient bâtards, leurs conventions matrimoniales frappées de nullités. Le gouvernement s'émut de cet état de choses, et le ministre de la justice adressa, en date du 4 mars 1831, la circulaire suivante aux procureurs généraux près les cours royales : « Dans plusieurs Etats limitrophes ou voisins de la France, la loi défend aux regnicoles de se marier en pays étranger sans l'autorisation du gouvernement, sous peine de la nullité de leur

(1) J'emprunte ces détails à Fœlix. Des mariages contractés en pays étranger (*Revue étrangère et française de législation*, t. VIII).

mariage. Il résulte de là que les habitants de ces pays, attirés en France par l'activité de l'industrie ou par la richesse du sol, y ont épousé des Françaises sans avoir obtenu cette autorisation. S'ils veulent ensuite retourner dans leur patrie, leurs femmes et leurs enfants s'en voient repoussés comme illégitimes. Un tel état de choses impose au gouvernement français le devoir de recourir à quelques précautions propres à assurer la validité de ces mariages contractés de bonne foi par des femmes qui, après l'accomplissement de toutes les formalités requises par les lois françaises, ont dû compter sur la protection de ces lois. Le moyen le plus efficace me paraît être d'exiger de tout étranger *non naturalisé*, qui voudra désormais se marier en France, la justification, par un *certificat des autorités* du lieu de sa naissance ou de son dernier domicile dans sa patrie, qu'il est *apte*, d'après les *lois* qui la régissent, à contracter mariage avec la personne qu'il se propose d'épouser. En cas de contestation, les tribunaux compétents seront appelés à statuer. »

La circulaire ne dit pas quelle était la valeur de ces mariages en France. Il est certain qu'ils y étaient également nuls, car la capacité de se marier, formant un statut personnel, dépend de la loi nationale de l'étranger; les lois françaises ne peuvent pas donner à l'étranger une capacité qu'il n'a point. D'un autre côté, la circulaire dépassait le but principal qu'elle avait en vue, celui d'empêcher les mariages illégaux des Bavarois et des Würtembergeois; elle était applicable à tout étranger, même à ceux qui, d'après leur loi nationale, pouvaient se marier en France, mais naturellement sous les conditions de capacité requises par les lois de leur pays. Le certificat exigé par la circulaire devenait ainsi une formalité générale applicable à toutes les conditions concernant la capacité des étrangers. Rien de plus juste en principe. Mais, en fait, la circulaire produisit de nouveaux inconvénients. D'abord les mariages des étrangers étaient subordonnés à des formalités qui les retardaient, et parfois les rendaient impossibles. Quelles étaient les autorités auxquelles il fallait demander le certificat exigé par la circulaire? On ne

le savait pas; la circulaire ne pouvait pas le dire, puisque cela dépend des lois étrangères. Si les étrangers s'adressaient à une autorité quelconque de leur pays, celle-ci pouvait refuser de délivrer le certificat, et alors la célébration du mariage devenait impossible, quand même l'étranger aurait réuni, d'après son statut national, toutes les qualités et conditions nécessaires pour pouvoir contracter mariage. Et si les autorités étrangères délivraient le certificat, il y avait un nouveau danger. Quelle était la valeur de ce certificat? Il constate la capacité, mais si celui qui le délivre s'est trompé, en droit ou en fait, quelle sera la valeur du mariage? Il sera nul malgré le certificat.

279. Dans le département de la Seine, à Paris du moins, on s'en tient à une lettre du procureur du roi en date du 7 juillet 1835 : « S'il y avait impossibilité de se procurer le certificat d'aptitude prescrit par les instructions, parce que l'autorité du lieu de la naissance ou du dernier domicile du futur époux en pays étranger refuserait de délivrer une attestation de cette nature, on pourrait y suppléer par un acte de notoriété dans la forme indiquée par l'article 70 du code civil. Cet acte devrait être soumis à l'homologation exigée par l'article 72, s'il contenait en même temps l'attestation de l'impossibilité où la future se trouverait de se procurer son acte de naissance. » Ainsi le certificat de l'autorité étrangère reste la règle; s'il est impossible aux parties de se le procurer, on se contente d'un acte de notoriété. Il va sans dire que ces mesures n'ont aucune valeur légale; les ministres n'ont pas le pouvoir réglementaire, et bien moins encore les procureurs du roi. Au fond, l'acte de notoriété ne présente aucune garantie. Comme le dit très bien Fœlix, il s'agit avant tout d'une question de droit : quelles sont les conditions de capacité exigées par la loi étrangère pour pouvoir contracter mariage? Les hommes de loi peuvent seuls répondre à ces questions; comment veut-on que sept personnes prises au hasard connaissent la loi de l'étranger? Quand même les témoins appartiendraient au même pays que le futur époux, ils n'en sau-

raient pas davantage. En fait, sept Parisiens viennent déclarer devant le juge de paix que le futur époux est apte à contracter mariage d'après les lois de son pays. Cela ressemble à une scène de vaudeville plus qu'à une garantie légale.

280. Il me semble que le gouvernement s'y est mal pris pour remédier au mal très réel que signale la circulaire du garde des sceaux de France. Le mariage d'un étranger en France soulève une question de droit international privé : la capacité légale de l'étranger n'étant pas la capacité légale du Français, à raison de la diversité des lois, il y a conflit, et tout conflit international ne peut être vidé que par un traité. C'est le traité qui doit déterminer l'autorité appelée à délivrer les certificats constatant l'aptitude légale du futur époux à contracter mariage : la valeur du certificat dépend de la compétence scientifique de l'autorité qui le délivre. Il faut un homme de loi pour certifier quelles sont les conditions de capacité que la loi exige, et pour constater que le futur époux réunit ces conditions. Cela conduirait à charger les tribunaux de cette mission. D'après la législation française, les tribunaux n'ont pas qualité pour délivrer des actes de notoriété, ou ce que l'on appelle en Belgique des réversales. Mieux vaudrait, me semble-t-il, énumérer dans les traités mêmes les conditions que les lois de chaque pays exigent pour pouvoir contracter mariage, et les pièces qu'il faut produire devant l'officier de l'état civil pour justifier l'existence de ces conditions; les traités en donneraient la formule en indiquant les officiers publics chargés de les délivrer. Ces pièces, légalisées par un agent diplomatique ou un consul, seraient remises à l'officier de l'état civil en France, lequel n'aurait plus qu'à consulter le traité pour s'assurer de la régularité des actes. L'étranger ne pourrait pas se plaindre de ce formalisme, puisqu'on ne demanderait de lui en France que les pièces qu'il devrait produire dans son propre pays; il n'y aurait qu'à ajouter l'autorisation de se marier à l'étranger si elle était requise. Mais je doute que la défense de se marier à l'étranger résiste à l'extension croissante des relations internationales ;

elle a fait tomber les passeports, elle fera tomber également toutes les entraves et toutes les barrières que le vieux régime élevait entre les peuples.

281. Il me reste à remarquer que les codes étrangers établissent le principe que la circulaire française de 1831 a essayé d'organiser. Le code italien porte, article 103 : « L'étranger qui veut contracter mariage dans le royaume doit présenter au bureau de l'état civil une déclaration de l'*autorité compétente* du pays auquel il appartient, qui prouve que, d'après la loi dont il dépend, rien ne s'oppose au mariage projeté. » Quelle est cette *autorité compétente?* Le code italien ne pouvait résoudre cette difficulté; elle ne peut être décidée, comme je viens de le dire (n° 280), que par voie diplomatique. Il y a des dispositions analogues dans les lois d'Autriche, de Prusse et de Bavière (1); mais aucune de ces lois ne dit par qui et dans quelle forme seront délivrés les certificats qui constatent la capacité.

En définitive, dans l'état actuel de la législation, il n'y a aucun moyen légal de s'assurer de la capacité de l'étranger qui contracte mariage hors de son pays. Cela ne témoigne pas en faveur de notre diplomatie ni de notre civilisation. Il n'y a pas de contrat international plus important que le mariage, et cependant il est abandonné à l'incertitude la plus absolue. J'ai signalé la lacune en ce qui concerne la compétence des agents diplomatiques et des consuls. La difficulté que je viens d'exposer se rattache au même ordre d'idées, et elle peut recevoir sa solution par les mêmes négociations. Il n'y a pas d'intérêt politique qui puisse susciter un conflit; il suffit de vouloir pour réussir. Comment se fait-il que la diplomatie se préoccupe du commerce et de l'industrie, et qu'elle ne songe pas aux intérêts bien plus essentiels de la moralité publique? Le sens moral baisse; je ne puis que jeter le cri d'alarme : *Caveant consules!*

(1) Fœlix, dans la *Revue étrangère et française*, t. VIII, p. 816, 878 et 879. Lawrence (*Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 347) donne les lois les plus récentes.

§ III. *Des conditions du mariage qui forment un statut réel.*

N° 1. QU'ENTEND-ON, EN CETTE MATIÈRE, PAR STATUT RÉEL ?

282. Je me sers des termes traditionnels de statut réel et de statut personnel, parce que le législateur français a consacré la tradition en cette matière en remplaçant le mot *statut* par le mot *loi* (art. 3); et, bien que le code Napoléon n'emploie pas l'expression de lois *personnelles* et *réelles,* elle s'est conservée dans le langage juridique, et l'on se sert même, de préférence, du mot *statut*. Cela paraîtra suranné à quelques savants, mais je ne vois pas que la science ait beaucoup gagné à répudier le vieux langage, alors que ce sont toujours les vieilles idées qui règnent; elles se transforment, il est vrai, et le but de ces Etudes est précisément de hâter cette transformation et de la compléter; cela n'empêche pas que notre science ait ses racines dans le passé et qu'elle remonte jusqu'aux glossateurs; c'est, me semble-t-il, un hommage rendu à ceux qui ont fondé notre science que de maintenir la terminologie qu'ils ont créée pour exprimer leurs idées.

Toutes les lois commencèrent par être réelles; c'était le système féodal. En disant que les coutumes étaient réelles, les légistes entendaient affirmer leur souveraineté. Ce qui prouve qu'ils ne se sont pas trompés fondamentalement, c'est que la science moderne a maintenu l'idée de la réalité comme expression de la puissance souveraine : elle qualifie de réelles les lois qui intéressent l'existence de la société, sa conservation et son perfectionnement (1); pour simplifier, je les appellerai lois d'intérêt social. Ces lois jouent un grand rôle dans le mariage, mais il diffère d'après les divers systèmes, car notre science est encore abandonnée à la mobilité et à l'incertitude des opinions individuelles et des législations nationales.

283. Le code Napoléon dit que les lois concernant

(1) Voyez le tome Ier de ces Etudes, p. 257 nos 136-142.

l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger (art. 3) : de là le nom de *lois personnelles* ou *statuts personnels*. Le Français reste soumis à sa loi nationale quand il se marie à l'étranger; l'article 170 en fait une condition de validité du mariage. S'il est nul d'après le code civil, il sera nul en France, alors même qu'il serait valable d'après la loi étrangère. Est-ce à dire que le mariage du Français en pays étranger n'est soumis, sous aucun rapport, à la loi de ce pays? Les lois françaises de *police* et de *sûreté* obligent tous ceux qui habitent le territoire, dit l'article 3 du code Napoléon; la raison en est que ces lois intéressent l'existence de la société et sa conservation; elles sont, en ce sens, réelles, comme dépendant de la souveraineté; or, la souveraineté, dans son essence, est la même partout; si le législateur français assujettit l'étranger à sa police, il va de soi que les Français, en pays étranger, sont aussi soumis aux lois d'intérêt général qui régissent le territoire où ils résident. Il en est ainsi notamment du mariage : il ne suffit pas que les Français observent la loi française en pays étranger, pour que leur mariage soit valable là où ils le contractent, il faut, de plus, qu'ils observent les lois d'intérêt social que le législateur du pays a portées. C'est une source de conflits; quand la loi territoriale et la loi française diffèrent, le mariage pourra être nul en pays étranger et valable en France. De là la grande importance des lois réelles en cette matière; il faut les préciser d'abord, puis il faut essayer de les restreindre dans les limites de la nécessité, afin d'éviter le regrettable conflit par suite duquel les époux seront légitimes dans un pays et concubins dans l'autre.

De même, l'étranger qui se marie en France sera régi par son statut personnel ou national quant aux conditions de capacité. Mais il sera, de plus, soumis à la loi française pour les conditions d'intérêt social. Voilà une nouvelle source de conflits. Le mariage, valable d'après le statut personnel de l'étranger, peut être nul en vertu de la loi française. Quelles sont les conditions qui tiennent à l'intérêt social et qui dépendent, par conséquent, de la

puissance territoriale? Les diverses lois décident cette question dans un sens différent : y a-t-il moyen de les concilier? L'interprète l'essayerait vainement, la puissance souveraine domine la science; toutefois la science peut et doit préparer la voie à une conciliation par voie diplomatique.

284. Le code italien consacre les mêmes principes, toutefois avec une modification importante qui prévient le conflit quant aux statuts réels. Il déclare que l'étranger qui se marie en Italie est régi, quant à sa capacité, par son statut personnel : c'est le principe français. Mais il ajoute qu'il est, de plus, soumis aux règles que la loi italienne établit sur les causes qui empêchent de contracter mariage (art. 102); ainsi, toutes les dispositions du code italien en cette matière forment un statut réel, obligatoire pour les étrangers comme pour les nationaux. Le conflit cesse en ce qui regarde la validité du mariage en Italie; mais la loi italienne n'étant pas obligatoire en pays étranger, la difficulté subsiste; dans le pays auquel l'étranger appartient, le mariage, nul en Italie, pourra être considéré comme valable. Le code italien ne dit pas que les Italiens qui se marient à l'étranger sont soumis aussi à un double statut, leur statut personnel et le statut territorial du pays où ils se marient; il dit seulement, comme le code Napoléon, qu'ils doivent observer la loi italienne (art. 100) : ici encore le conflit subsiste comme dans le code Napoléon.

285. L'Allemagne n'a point de code général; la loi sur l'état civil ne prévoit pas le conflit des législations en ce qui concerne le mariage des étrangers en Allemagne et le mariage des Allemands en pays étranger. Quant à la théorie, chaque jurisconsulte a à peu près son système. J'ai déjà exposé celui de Savigny sur la réalité des lois en matière de mariage (n° 214), en le critiquant; j'y reviendrai, dans le cours de ces Etudes, pour les questions de détail. Il en est de même des systèmes de Wächter et de Schäffner, qui, dans la matière du mariage, ont peu d'importance, parce que ces auteurs n'ont pas abordé les difficultés qui se présentent (n° 215).

286. Les Anglo-Américains paraissent tout subordonner au statut réel, puisqu'ils posent en principe que le mariage, valable d'après la loi du lieu où il a été contracté, est valable partout ; de sorte qu'il n'y aurait qu'une loi à observer, celle du territoire. Mais la règle n'est pas aussi absolue, ni aussi simple qu'elle paraît l'être. Story admet des exceptions à la loi du lieu où le mariage est célébré, et ces exceptions renouvellent le conflit. D'un autre côté, en excluant le statut personnel de l'étranger qui se marie en Angleterre, la *common law* se met en opposition avec les législations étrangères, ce qui conduit de nouveau à un déplorable conflit, comme je le dirai plus loin. Ce n'est pas un principe que celui qui ne tient aucun compte des divers éléments du débat; en voulant tout *réaliser,* la loi anglaise matérialise le droit, et elle a beau écarter la personnalité, celle-ci reparaît nécessairement. J'ai combattu la doctrine anglaise, dans le cours de ces Etudes, et je la combattrai encore dans les questions d'application : on n'évite pas les conflits en mutilant le droit.

287. Il faut donc un principe. J'ai essayé de le formuler en termes généraux en exposant les règles élémentaires qui gouvernent notre science; l'application est d'une grande difficulté dans la matière du mariage. Comme le mariage est la base de l'ordre civil et moral, on est tenté de croire que les lois qui déterminent les qualités et les conditions requises pour pouvoir contracter mariage ont toutes un caractère de réalité, en ce sens qu'elles obligent tous ceux qui veulent contracter mariage : ce qui aboutirait au système anglais. Et comme on doit aussi tenir compte du statut personnel, il faudrait soumettre l'étranger à un double statut, comme le fait le code italien, à son statut personnel et au statut territorial. Les deux principes me semblent excessifs. Il est impossible de ne pas tenir compte du statut personnel ou national dans une matière qui a un lien si intime avec la personnalité des contractants, et par suite avec leur nationalité : que l'on songe aux conditions d'âge, de consentement des ascendants ou de la famille! Mais il est aussi impossible d'écarter le

statut du territoire où le mariage se célèbre : le mariage est la garantie des bonnes mœurs ; or la moralité est appréciée par chaque nation d'après ses sentiments et ses idées, d'après ses croyances et ses préjugés : on ne peut pas exiger qu'elle en fasse le sacrifice quand il s'agit du mariage d'un étranger ; en fait, on l'essayerait vainement, puisque chaque nation est maîtresse chez elle. Toutefois la doctrine a aussi ses droits, et elle doit les maintenir en face de la souveraineté territoriale ; il faut que notre science tarisse la source des conflits en combattant les préjugés, tout en prenant la défense de la morale universelle. Le contact tous les jours plus intime des divers peuples aidera la science dans ce travail de conciliation.

Il suffit de considérer les dispositions d'une seule et même législation pour se convaincre que toutes les conditions établies pour pouvoir contracter mariage n'ont pas la même importance. Le code français, que les Anglo-Américains accusent d'être trop sévère, traite au contraire le mariage avec une faveur extrême. Il prescrit, il est vrai de nombreuses conditions, soit de forme, soit de fond ; mais il n'attache pas à toutes le même effet. Ainsi les solennités qu'il prescrit ne doivent pas être observées sous peine de nullité ; sur ce point, le code Napoléon est bien moins formaliste que la loi anglaise. Parmi les diverses solennités, il s'attache aux plus importantes, celles qui ont pour but de donner de la publicité au mariage, et il ne prononce pas même la nullité des mariages quand ces formalités n'ont pas toutes été observées ; le juge décide, d'après les circonstances de la cause, ce qui lui donne une grande latitude, et assure la validité des mariages en fait. Le code laisse le même pouvoir d'appréciation aux tribunaux pour les mariages célébrés à l'étranger. Même pour les conditions intrinsèques qui tiennent toutes à l'ordre public et aux bonnes mœurs, le législateur français se montre très accommodant, quelquefois trop ; il y a bien des empêchements simplement prohibitifs, qui ne sont pas sanctionnés par la nullité. Alors même que le législateur se décide à prononcer la nullité du mariage, il détermine avec soin les personnes qui peuvent demander la nullité.

Ici se révèle la différence qui existe entre les diverses conditions qui sont exigées pour la validité du mariage : il y en a qui sont d'intérêt privé, la loi ne permet qu'à certaines personnes de les faire valoir, et dans certains délais ; elle permet d'effacer le vice qui entache le mariage par une confirmation expresse ou tacite. C'est seulement quand il y a un intérêt social en cause, que la loi se montre sévère, et avec raison ; il ne suffit pas de favoriser le mariage, il faut aussi que le mariage réponde au but dans lequel le législateur le favorise.

Cela prouve qu'il est nécessaire d'examiner en détail les diverses qualités et conditions requises pour la validité du mariage. Les formules générales sont excellentes pour diriger le législateur et l'interprète ; mais quand il s'agit de déterminer l'importance relative des diverses conditions, il faut pénétrer jusqu'à la moelle des choses, et se garder d'appliquer mécaniquement une formule. Je vais entrer dans ces détails avant d'exposer les règles établies par les lois étrangères. La distinction des statuts réels et des statuts personnels joue un grand rôle dans le mariage; il faut donc avant tout établir les principes qui servent à les distinguer. Cela évitera la confusion dans laquelle tombent les légistes anglo-américains. Autre chose sont les solennités, autre chose sont les conditions intrinsèques, et ces conditions n'ont pas toutes la même importance : elles sont toutes d'ordre public, et en un certain sens, toutes intéressent les bonnes mœurs, puisque le mariage est le fondement de la moralité; mais toutes ne sont pas d'intérêt social, en ce sens que l'existence de la société, sa conservation ou son perfectionnement en dépendent. Il y a donc un partage à faire, et des distinctions à établir. J'ai essayé de le faire dans le projet de revision du code civil ; ce que je vais dire sera l'exposé des motifs des propositions que j'ai faites ; ici je puis entrer dans des détails scientifiques qui seraient déplacés dans un travail législatif.

N° 2. DES CONDITIONS RELATIVES AUX BONNES MOEURS.

I. *La polygamie.*

288. Le chancelier Brougham, siégeant comme lord-juge, a démontré longuement, à la manière des Anglo-Américains, que le *mariage chrétien* est incompatible avec la polygamie, et que, par conséquent, le juge ne peut donner aucun effet à un mariage polygamique (1). Je crois inutile de reproduire cette argumentation, et même de l'analyser; il y a un motif péremptoire, en droit français, et dans toutes les législations étrangères, pour repousser et annuler un mariage polygamique, c'est que la bigamie est un crime; or les crimes dépendent des lois de police et de sûreté qui obligent tous les habitants du territoire; le code Napoléon le dit (art. 3), et ce principe ne saurait être contesté, puisqu'il tient à l'existence de la société; un étranger ne pourrait donc pas alléguer son statut personnel pour contracter un mariage polygamique dans les pays où la polygamie figure au code pénal. Voilà un cas dans lequel la réalité du statut n'est pas douteuse; aussi est-elle universellement admise. Toutefois il importe de préciser le véritable motif du droit commun qui règne dans les pays de civilisation chrétienne; c'est l'expression reçue, et que l'on retrouve à chaque ligne chez les légistes anglo-américains, ainsi que dans les motifs que les juges donnent de leurs décisions. A mon avis, il faut écarter le christianisme du débat; le prétendu mariage chrétien ne fait que l'obscurcir, et multiplie les difficultés au lieu de les résoudre. Nous les retrouverons en parlant de l'inceste; il est bon, dès l'entrée en matière, de déblayer le terrain, en le débarrassant des plantes parasites qui le couvrent.

Est-il vrai que la monogamie soit le privilége du mariage chrétien? J'ai répondu d'avance à la question en rappelant que le mariage monogamique existait chez les Grecs et les Romains. Il y a plus, le christianisme a sa tradition; il ne procède pas de la Grèce et de Rome qui appartiennent à la gentilité, il procède du mosaïsme, ou

(1) Voyez le texte dans Story, *Conflict of laws*, p. 148-150, en note.

de la Loi Ancienne, première révélation de la vérité que Dieu a faite au peuple élu. Or cette loi révélée consacre la polygamie. Pothier essaye de concilier l'Ecriture Sainte avec la loi naturelle, c'est-à-dire le sens moral, qui condamne ce que les livres saints approuvent. Son embarras est visible. Il enseigne que la polygamie est contraire à l'essence du mariage, et cependant, catholique sincère, il est obligé d'avouer que les patriarches, les premiers parmi les saints, épousaient plusieurs femmes à la fois, avec la permission et l'approbation de Dieu. Ainsi Dieu approuve ce que le droit naturel condamne! Mais le droit naturel n'a-t-il pas son principe en Dieu? dans la nature de l'homme et des sociétés civiles qui procèdent de Dieu? Ainsi Dieu approuverait et réprouverait tout ensemble la polygamie? Pothier se retranche derrière la toute-puissance divine : « Dieu, dit-il, eût pu, s'il eût voulu, établir le mariage, sans qu'il dût être l'union d'une seule femme avec un seul homme. » Donc la monogamie, dans la doctrine chrétienne, n'est point de l'essence du mariage! « De même, continue Pothier, Dieu a pu permettre à un peuple entier d'avoir plusieurs femmes. Dieu, qui avait promis aux saints patriarches de multiplier leur race comme le sable de la mer, leur a permis d'avoir plusieurs femmes à la fois(1). » Voilà à quoi conduit la confusion de la morale avec la religion chrétienne, et l'identification du mariage avec le mariage chrétien. Etrange morale qui, en invoquant l'autorité de Dieu, déclare licite un fait qui en lui-même est immoral! Est-ce que Dieu aurait pratiqué la morale des jésuites qui justifie le moyen par le but? Non, Dieu n'a pas pu légitimer la polygamie parce qu'il voulait multiplier la race des patriarches comme le sable de la mer! Non, Dieu, malgré sa toute-puissance, ne peut pas faire que la polygamie, illégitime partout, devienne légitime pour un peuple dont il se déclare le protecteur spécial. Quelle notion de la Divinité! Dieu, la perfection dans son essence, se choisit un peuple, pour en faire le dépositaire de la vérité révélée, et il révèle à cette race

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n°s 99 et 100.

élue une loi immorale, afin de la multiplier! Singulière préférence que celle qui autorise le peuple de Dieu à pratiquer une loi qui dénature nos sentiments et qui vicie dans son essence un contrat sur lequel repose la morale.

289. La morale laïque ou civile est bien plus sévère que la prétendue morale révélée. Elle enseigne que le mariage est l'union des âmes, et que Dieu a voulu cette union comme instrument de notre perfectionnement. Dans cet ordre d'idées, on ne conçoit même pas la polygamie : c'est une institution contradictoire dans les termes, et qui détruit le mariage dans son essence. Les Grecs et les Romains, qui n'avaient pas part aux *promesses,* comme on le dit dans le langage théologique, comprenaient mieux le mariage que le peuple qui se glorifiait d'une alliance spéciale avec Dieu. Le mariage chrétien est donc une contre-vérité historique. Ce n'est pas seulement une dispute de mots, ou un débat qui n'a d'intérêt que pour l'historien. Si l'on fait du mariage un contrat chrétien, c'est-à-dire religieux, on s'embarrasse dans des difficultés inextricables. Notre constitution garantit la liberté religieuse la plus absolue, elle l'assure aux étrangers comme aux nationaux. Or il y a des religions, et parmi elles, une religion révélée, qui autorisent la polygamie. Ceux qui professent une de ces religions ne peuvent-ils pas réclamer, au nom de la liberté religieuse, le droit de contracter un mariage polygamique? Si le mariage est essentiellement chrétien, c'est-à-dire religieux, je ne vois pas comment on condamnerait cette prétention. Dira-t-on aux juifs et aux mahométans que notre mariage est chrétien, et ne permet pas la polygamie? L'objection même tournerait contre ceux qui la feraient. Le juif répondra : « Que votre mariage chrétien réprouve la polygamie, que m'importe? Ma religion est la première révélation de Dieu, et il a promis à son peuple élu qu'elle serait éternelle. Donc, à titre de religion, le mosaïsme vaut le christianisme. Votre constitution d'ailleurs, met toutes les religions sur la même ligne. Vous avez la vôtre qui défend la polygamie : j'ai la mienne qui l'autorise. Vous êtes libres de pratiquer la vôtre, mais vous n'avez pas le droit de me l'imposer; ma

liberté est égale à la vôtre; puisque le mariage est un acte religieux, gardez votre mariage chrétien, et laissez-moi mon mariage juif. » S'il n'y a rien à répondre aux confessions religieuses, sur le terrain du mariage chrétien, il y a une réponse péremptoire à leur faire sur le terrain du mariage civil. Or, la Constitution reconnaît et consacre le mariage, comme contrat civil, et elle y subordonne le mariage religieux. C'est dire que l'ordre civil domine les religions; ce que les religions considèrent comme un droit, la polygamie, la loi civile le punit comme un crime. Et qui a raison? la loi civile ou les religions? Et quelle loi est plus morale, la loi laïque, ou la loi religieuse? La conscience universelle répond que les religions positives ont altéré la morale, et vicié les consciences. Il est donc bon que la prééminence appartienne à l'ordre civil.

290. D'après notre droit, français et belge, la question de la polygamie, légalement parlant, n'en est plus une. Le code pénal belge punit de la reclusion celui qui, engagé dans les liens du mariage, en contracte un autre avant la dissolution du premier (art. 391). La polygamie étant un crime, l'étranger ne peut se prévaloir de son statut personnel qui l'autoriserait, car les *lois de police et de sûreté* obligent tous ceux qui habitent le territoire (code Nap., art. 3); c'est dire qu'elles dominent le statut personnel : ce sont des lois réelles par excellence. L'étranger ne peut pas non plus invoquer la liberté religieuse, quelque illimitée qu'elle soit en Belgique; car la loi civile domine l'ordre religieux. Dans l'espèce, cette loi concerne la moralité au plus haut degré, puisqu'elle assure la pureté du mariage, et le mariage est le fondement de l'ordre moral et de l'ordre civil. La loi laïque est donc plus morale que la loi religieuse, elle sauvegarde l'institution du mariage que les lois religieuses vicient et altèrent : et parmi ces lois il s'en trouve une que les chrétiens révèrent comme la parole de Dieu, miraculeusement révélée aux hommes.

Les conséquences qui découlent du principe sont aussi évidentes que le principe. Si un étranger contractait en Belgique un mariage polygamique, valable d'après sa loi personnelle et religieuse, le mariage serait nul, et les cou-

pables seraient condamnés à la reclusion. Un mariage polygamique, contracté à l'étranger, dans un pays qui admet la polygamie, serait sans valeur légale chez nous, le crime ne pouvant jouir de la protection de la loi ; ce serait le cas d'appliquer le principe qu'une convention sur cause illicite ne peut produire aucun effet (code Nap., art. 1131), et la cause est illicite quand elle est *prohibée par la loi*, quand elle est *contraire aux bonnes mœurs* ou à l'*ordre public* (art. 1133) : à tous ces titres un mariage polygamique, contracté n'importe où, est frappé de nullité radicale. Il en serait ainsi du mariage qu'un Belge, qui se ferait mahométan ou mormon, contracterait en pays étranger. La loi qui prohibe la polygamie est une loi civile tout ensemble et pénale ; comme loi civile, elle forme un statut personnel, puisqu'elle constitue un empêchement au mariage ; elle suit donc le Belge partout où il réside ; partant son mariage serait nul en vertu des articles 3 et 170 du code Napoléon, et il serait de plus soumis aux peines édictées par le code pénal. Si, en changeant de religion, il changeait en même temps de nationalité, son mariage serait valable d'après son nouveau statut personnel, mais il serait toujours frappé de nullité radicale en Belgique, parce que le statut réel qui prohibe la polygamie est essentiellement d'intérêt social, et à ce titre il domine le statut personnel ainsi que la loi religieuse de l'étranger.

291. Telle est la solution, très simple, que reçoit la question du mariage polygamique, là où le mariage est sécularisé ; tandis que la difficulté se complique, quand le mariage est considéré comme un acte religieux. Chose singulière, les légistes anglais, qui élèvent si haut le mariage chrétien, à ce point qu'ils ne parlent jamais du mariage, sans ajouter la qualification de chrétien, sont obligés d'avouer que les mariages polygamiques contractés dans leurs établissements coloniaux par les sectateurs d'une religion qui admet la polygamie, devraient être considérés comme légaux en Angleterre, par les cours qui connaissent du mariage (1). C'est une nécessité politique des em-

(1) Phillimore, *Private international law*, p. 14.

pires qui s'étendent sur les populations musulmanes, le vainqueur étant obligé de respecter la religion des vaincus, avec la conséquence de la polygamie.

Aux Etats-Unis également, il y a des populations qui pratiquent la polygamie. Je ne parle pas des Indiens qui occupaient le territoire des Etats-Unis avant l'arrivée des colons anglais; ce sont aussi des vaincus, et, à ce titre, on pourrait les assimiler aux mahométans des possessions anglaises; cependant les cours américaines ne reconnaissent pas la validité des mariages indiens, entachés de bigamie (1). L'immigration chinoise, qui va croissant, ne peut pas invoquer des capitulations; les Chinois sont sur le même pied que tous les immigrants, avec cette différence que les Européens vont chercher en Amérique une nouvelle patrie, tandis que les Orientaux ne demandent pas la naturalisation; ils restent étrangers; comme tels, ils conservent leur statut national : est-ce à dire qu'en vertu de ce statut, ils puissent pratiquer la polygamie (2)? Non certes, car la loi personnelle est dominée, en cette matière, par la loi territoriale, qui tient à l'existence même de la société, il n'y a pas de société possible quand le mariage, au lieu d'être le fondement de la morale, autorise l'immoralité, et démoralise les populations.

Il y a aux Etats-Unis un fait plus étrange : une secte qui se dit chrétienne, et qui pratique la polygamie, parce qu'elle est autorisée par la Loi Ancienne, loi révélée de Dieu, et à ce titre immuable. Je n'ai pas à apprécier ici le mormonisme comme religion : cette prétendue religion, fondée par un escroc, et basée sur des faux, déconsidérerait la religion si les erreurs des hommes pouvaient la ruiner : toujours est-il qu'elle légitime la défiance à l'égard des sectes religieuses, et qu'elle justifie la sécularisation complète de l'ordre civil, si cette sécularisation avait besoin d'être justifiée. Les habitants de l'Utah ne sont pas des Indiens, ce ne sont pas des populations orientales, ce sont des colons européens, donc soumis aux lois de

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 126, § 130.

(2) Wharton a tort de dire que ce serait là une conséquence logique du statut personnel, p. 16.

l'Union américaine. Il a fallu que le congrès de Washington intervînt pour réprouver les mariages mormons; cependant ces sectaires se disent chrétiens, et ils invoquent une loi révélée. Ce conflit entre la foi prétenduement révélée par Dieu et la morale telle que la conscience humaine la conçoit ne doit-il pas ouvrir les yeux aux légistes qui ont toujours à la bouche le mot de mariage chrétien, et qui repoussent la polygamie au nom du christianisme (1)? « Le sénat et la chambre des représentants réunis en congrès arrêtent que toute personne qui contractera une union polygamique, sur le territoire des Etats-Unis ou dans un lieu où les Etats-Unis exercent une juridiction exclusive, sera punie d'un emprisonnement qui n'excédera pas cinq ans et d'une amende qui n'excédera pas cinq cents dollars. En conséquence le congrès réprouve et annule les actes passés par les législateurs d'Utah, qui consacrent la polygamie sous le nom de mariage spirituel, quelles que soient les solennités religieuses par lesquelles on prétendrait légitimer ces prétendus sacrements (2). » Le congrès s'est bien gardé d'invoquer la révélation chrétienne pour flétrir les unions polygamiques; car les sectaires lui auraient opposé la révélation de la Loi Ancienne, déclarée éternelle par l'alliance de Dieu avec son peuple élu. Le législateur américain procède comme font nos lois : il punit la polygamie comme un crime, ce qui entraîne logiquement l'annulation des lois qui prétendraient autoriser et légitimer un fait criminel.

292. L'Angleterre n'a point de loi analogue; toutefois les cours de justice réprouvent et annulent les mariages polygamiques. Il est intéressant de les entendre. Voici les faits. Un jeune homme mormon et une demoiselle appartenant à la même confession s'engagèrent (c'est le terme anglais) en 1847; ils habitaient l'un et l'autre l'Angleterre. En 1853, ils émigrèrent en Amérique et furent mariés, d'après les rites mormons, à Salt Lake. Trois ans

(1) C'est le langage et c'est la doctrine de Wharton, *Conflict of laws*, p. 129, § 133.
(2) Le texte de l'acte du 1er juillet 1862 se trouve dans Wharton, *Conflict of laws*, p. 227, note *j*.

plus tard, le mari alla s'établir aux Iles Sandwich, où il renonça à la foi des mormons. Il fut excommunié à Utah, et sa femme déclarée libre de contracter une nouvelle union. Son mari l'engagea vivement à abandonner le mormonisme et à le rejoindre; elle refusa. Jusque-là va l'aveuglement que la foi produit dans les consciences : on conçoit que l'homme recherche les jouissances matérielles de la polygamie; mais la femme, que la polygamie dégrade et avilit! Le ci-devant mormon retourna en Angleterre, et devint un ministre dissident. La femme s'étant remariée en 1859 d'après le rite mormon, son premier mari intenta une action en divorce devant une cour anglaise (*court of probate*). Dans le cours des débats, un Américain, prenant le titre de *counsellor of the supreme court of the United States,* affirma comme témoin qu'un mariage célébré à Utah, d'après les rites mormons, serait considéré comme valable par la cour suprême des Etats-Unis, en supposant que les deux époux fussent libres au moment de la célébration de leur union, et qu'ils fussent capables de contracter mariage. Le *counsellor* se trompait, ou il voulait tromper. Les juges anglais n'eurent aucun égard à son témoignage, bien qu'ils le prissent au sérieux; ils décidèrent que le prétendu mariage mormon n'était pas un mariage, que, par suite, il n'y avait pas lieu d'en demander la dissolution par le divorce. A la vérité, les deux parties étaient libres, lors de la célébration, aucune d'elles n'étant mariée; mais cela n'empêchait pas le mariage d'être polygamique, puisque le mari avait le droit d'épouser une seconde femme; partant le mariage était vicié dans son essence (1).

Ce jugement a acquis une grande célébrité; il est intéressant d'en connaître les motifs. Les mots *chrétien* et *christianisme* y abondent. Le mariage, dit le juge, est plus qu'un contrat civil ou religieux, c'est une institution qui crée un état. L'état de *mari* et celui de *femme mariée* sont reconnus dans toute la *chrétienté*, les lois de toutes les nations *chrétiennes* consacrent les droits et les obligations qui résultent de cet état, entre les époux, ainsi que

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 126, § 131.

les droits qui, en découlent pour les enfants qui, de leur côté, ont l'état de légitimité. Puisque le mariage est universellement reconnu, malgré la diversité des législations particulières, il faut qu'il ait dans toute la *chrétienté* un caractère identique, en ce qui concerne son essence : ce caractère essentiel est la monogamie. » J'ai déjà dit que le caractère que le juge anglais rapporte au mariage *chrétien* est celui que les Grecs et les Romains lui reconnaissaient, et je viens de dire que la monogamie n'est rien moins qu'assurée par la révélation *chrétienne*, puisqu'il y a une première *révélation* qui consacre la *polygamie*. Ce que le juge anglais ajoute sur la condition de la femme *chrétienne* n'est point fait pour donner crédit au mariage *chrétien*. Il reconnaît que la polygamie règne dans une grande partie de l'humanité, et que le mariage y est considéré comme légitime sous cette forme; mais la femme y a-t-elle l'*état* qui caractérise la situation de la femme *chrétienne?* « Il y a des pays polygamiques où la femme est esclave, peut-être y en a-t-il où elle ne l'est pas; ce qui est certain, c'est que la femme n'est nulle part l'égale de l'homme, comme elle l'est dans la *chrétienté* (1). » La femme chrétienne, l'*égale* de l'*homme!* Jusque-là va l'illusion de la foi, ou la puissance des préjugés. Le juge anglais a pris la réalité qu'il a sous les yeux comme l'expression de la loi *chrétienne*. J'ai rétabli ici-même la vérité à la place de ce christianisme fictif : j'ai cité les paroles de l'apôtre des Gentils, et des Pères de l'Eglise. Non, la femme, cet os surnuméraire, comme dit Bossuet, n'est point l'égale de l'homme, elle est et elle restera toujours son inférieure. Si l'on veut qu'il y ait un droit commun et une communauté de droit en fait de mariage, il faut commencer par laisser là la fiction de l'égalité chrétienne et du mariage chrétien. La doctrine laïque est supérieure au christianisme; elle ne voit plus dans le mariage l'union des corps, nécessaire pour éviter la fornication, elle y voit l'union des âmes qui complète l'homme et qui est le plus puissant mobile de son perfectionnement.

(1) Voyez les termes du jugement dans Story, *Conflict of laws*, p. 147, note 3.

293. Il reste une difficulté concernant les effets du mariage polygamique. Une pareille union n'est pas un mariage, c'est un crime; or, un crime n'est pas un contrat produisant des effets civils entre les parties contractantes; considéré comme contrat, il est inexistant, et partant il ne peut avoir aucun effet, comme le dit énergiquement l'article 1131 du code Napoléon. La cour anglaise, en décidant qu'un mariage mormon ne pouvait être dissous par le divorce, a très bien jugé; on ne saurait demander la nullité du néant, et il est tout aussi impossible de demander la dissolution d'un contrat qui n'existe point. Faut-il induire de là que le mariage polygamique ne peut jamais être pris en considération par le juge? Cela serait trop absolu (1). Un contrat inexistant peut avoir reçu une exécution; telle serait une société illicite contractée pour faire la contrebande; il y a un actif et un passif, il faut nécessairement une liquidation, donc la loi doit accorder une action aux parties intéressées. Ainsi, quelque illicite que soit une convention, elle peut donner lieu à une action. Il en est de même en matière d'état. La bigamie est un crime, et dans la théorie du code civil, c'est une cause de nullité du mariage. Si la nullité est prononcée, la filiation des enfants nés du mariage sera légalement constatée, ils pourront même avoir l'état d'enfant légitime si les époux ou l'un d'eux étaient de bonne foi en contractant le mariage; et les époux aussi profiteront de leur bonne foi. Voilà bien des conséquences juridiques qui résultent d'un mariage polygamique sans que l'on puisse dire que le juge l'approuve; loin de là, il le déclare nul. On doit donc poser comme règle que le juge tiendra compte du mariage polygamique contracté à l'étranger comme d'un fait d'où peuvent résulter certains effets, mais il ne peut jamais le reconnaître comme une convention licite, cela serait contradictoire dans les termes : un crime ne peut jamais être un fait licite.

C'est en ce sens qu'il faut entendre ce que j'ai dit dans mes *Principes de droit civil*, que le statut personnel de

(1) Comparez Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 110, § 33.

l'étranger qui permet la polygamie reprend son empire dans les cas où l'ordre public n'est point lésé par son application. Un mariage polygamique est contracté à Constantinople par des mahométans. Des enfants nés de cette union intentent en France une action en pétition d'hérédité. On leur oppose leur qualité de bâtards adultérins. Le juge devra-t-il déclarer que le mariage étant polygamique, les enfants sont des bâtards? Non, le juge n'a pas, dans l'espèce, à réprouver le mariage qui n'a pas été contracté en France et qui n'y trouble par conséquent pas l'ordre public; dans l'espèce, cela est d'évidence, puisque le mariage est dissous par la mort. Il s'agit de savoir si les enfants sont légitimes ou non; c'est le statut personnel des enfants qui décide cette question; le juge devra donc reconnaître la légitimité des enfants en se fondant sur leur loi nationale; le juge ne donne pas par là une approbation au mariage polygamique; il n'est pas plus appelé à l'approuver qu'à le désapprouver; il applique une loi étrangère (1).

Il en serait autrement si le mariage lui-même était en cause. Je suppose qu'un musulman s'établisse en France avec ses femmes; l'une d'elles quitte le domicile conjugal; le mari agit en justice pour la forcer à réintégrer le domicile. On demande si le juge pourra faire droit à sa demande. Il y a des arrêts émanés de cours américaines qui paraissent reconnaître au juge le droit de maintenir le devoir de cohabitation en appliquant la loi territoriale, c'est-à-dire en donnant au mari musulman le droit qu'a le mari américain, sans doute parce qu'il s'agit d'une mesure de police et d'ordre public (2). Cela me paraît très douteux. Il s'agit, dans l'espèce, de savoir s'il y a un mariage légitime; or, aux Etats-Unis le mariage polygamique est un délit; donner au mari action en vertu de ce mariage, ce serait le considérer comme légitime, ce qui est légalement impossible (3).

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 132 n° 90, et Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 60. Comparez un arrêt d'une cour américaine, dans Wharton, *Conflict of laws*, p. 125, § 129.
(2) Wharton, *Conflict of laws*, p. 110, § 120.
(3) Telle paraît être l'opinion de Wharton, p. 111.

II. *L'inceste.*

294. On place d'ordinaire l'inceste sur la même ligne que la polygamie; le code Napoléon les considère l'un et l'autre comme des causes de nullité absolue. Autre est la question de savoir si l'inceste doit être assimilé à la polygamie au point de vue de la réalité ou de la personnalité des statuts. La décision dépend de la gravité du fait prohibé par la loi. Il y a une différence légale : la polygamie est un crime, tandis que notre code pénal ne punit point l'inceste. Cette différence est inopérante dans le débat. Si l'inceste n'est pas un délit criminel, il n'en est pas moins un délit moral; or, les bonnes mœurs sont une des causes qui produisent le statut réel, comme je l'ai dit en exposant les principes généraux de notre science(1). La société est essentiellement intéressée à conserver les bonnes mœurs, à développer et à fortifier la moralité, d'où suit que les lois qui intéressent les bonnes mœurs concernent l'existence même de la société et constituent un droit auquel personne ne peut opposer un statut quelconque. Mais j'ai ajouté que la moralité n'a rien d'absolu, que la religion et les préjugés nationaux jouent un grand rôle en matière de mœurs, de sorte que tel peuple considère comme moral et religieux ce qu'un autre peuple flétrit comme immoral. Ce conflit existe, même pour le mariage polygamique; mais ici il est décidé par la loi pénale, tandis que le mariage incestueux est uniquement un délit moral. Or, il existe des différences considérables dans les lois appartenant à la même civilisation, que dis-je? à la même nationalité : le droit des Etats-Unis diffère du droit anglais. De là naît une grande difficulté : peut-on repousser comme immoral un mariage que les lois anglaises réprouvent comme incestueux, alors que les lois américaines l'approuvent?

En théorie, la négative est certaine. Le lien du sang qui existe entre les époux suffit-il pour rendre le mariage incestueux? Non certes; nos lois admettent la parenté

(1) Voyez le tome II[e] de ces Etudes, p. 376, n° 208.

jusqu'au douzième degré, et aucun législateur n'a jamais songé à étendre aussi loin la prohibition du mariage. Il y a donc une limite; mais où s'arrête-t-elle? Elle varie d'une nation à l'autre et par des motifs qui sont souvent étrangers à la morale. Nous entendrons les *law lords* d'Angleterre invoquer le Lévitique comme la parole de Dieu, tandis que les jurisconsultes et les théologiens allemands s'en tiennent aux enseignements de la science, et la science a prouvé que le Lévitique n'est pas plus la parole de Dieu que le code Napoléon. L'Angleterre se prévaudra-t-elle d'un préjugé qui est une erreur, pour déclarer réelles les lois du Lévitique sur les empêchements du mariage résultant de la parenté? La question est ridicule à force d'être absurde. Cependant les *law lords* vont jusque-là. En Allemagne, on aime à invoquer le droit naturel; rien de mieux, dit un légiste allemand, si l'on s'accordait sur les règles de ce droit; malheureusement, il est encore plus variable que les lois; celles-ci au moins étendent leur empire sur toute une nation, tandis que chaque auteur a son système de philosophie du droit. Schäffner conclut qu'il faut s'en tenir au droit positif de chaque peuple (1). Cela veut-il dire que les juges de chaque pays décideront d'après leurs lois nationales si un mariage contracté à l'étranger et par un étranger est incestueux et partant nul, alors même qu'il serait valable d'après les lois du pays où il a été célébré? Cette doctrine est bien celle des *law lords*; mais elle conduit à des conséquences qui témoignent contre le principe d'où elles découlent. On annulera en Angleterre, de par le Lévitique, un mariage contracté aux Etats-Unis, où l'on prétend que le Lévitique n'a point le sens que lui attribuent les théologiens anglais, et ceux-ci mêmes ne sont pas d'accord entre eux. Ainsi, la validité d'un mariage dépendra de l'interprétation d'une Ecriture dite sainte et qui n'est pas plus sainte que la *common law* dont elle fait partie!

De leur côté, les *law lords* nous demanderont si nous

(1) Schäffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 130 et 131.

déclarerons valables les mariages contractés par une mère avec son fils, par un frère avec sa sœur? Car le *délire de la religion* a été jusque-là! C'est l'expression de Montesquieu. « Qui le dirait? s'écrie-t-il; des idées religieuses ont souvent fait tomber les hommes dans ces égarements. » L'auteur de l'*Esprit des lois* conclut « qu'il ne faut pas juger qu'une chose soit naturelle, parce qu'une religion fausse l'a consacrée » (1). Montesquieu ne rangera pas parmi les religions fausses celle que les chrétiens considèrent comme révélée. Est-ce à dire qu'il faille revenir au Lévitique? Le droit canonique est tout aussi excessif, si l'on s'en tient aux codes modernes qui ont laissé là les empêchements que l'Eglise a inventés pour mieux dominer et exploiter la bêtise humaine. Ma conclusion est qu'il faut recourir au droit naturel, quelles que soient ses incertitudes. J'entends par droit naturel, non pas les manuels des professeurs allemands, mais les règles que dicte la conscience générale à chaque époque. La morale, quoi qu'en disent les partisans de la vérité révélée, est progressive : la conscience moderne n'admet pas plus les empêchements du Lévitique que la polygamie des patriarches; elle écoute la voix de la nature de préférence aux canons de l'Eglise. Si l'on écarte les préjugés de race et de religion, il sera facile de s'entendre et d'arriver à une solution que la science puisse accepter.

295. Montesquieu établit très bien que le mariage du fils avec la mère, du père avec la fille répugne à la nature; je croirais faire injure au lecteur en reproduisant une démonstration qui suppose la possibilité d'un doute; il a fallu le *délire de la religion* pour aveugler la conscience des hommes, à ce point que les lois ont consacré ce que la nature réprouve. L'horreur pour l'inceste du frère avec la sœur a la même source. Jusqu'ici les peuples civilisés sont d'accord; il y a inceste véritable, c'est-à-dire un fait plus honteux encore que la polygamie; les bonnes mœurs sont en cause, et, par suite, l'existence de la société; personne ne songera à invoquer le statut personnel

(1) Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, livre XXVI, ch. 14.

qui permettrait de pareilles unions contre la loi territoriale qui les prohibe. Il est inutile de citer des témoignages et des autorités pour confirmer ce que nous dit la voix de la nature.

Au delà du deuxième degré en ligne collatérale, l'incertitude commence. Le code Napoléon prohibe encore le mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, mais il permet à l'empereur de lever, pour des causes graves, la prohibition qu'il établit (art. 163 et 164). De même le mariage prohibé entre beau-frère et belle-sœur, par le code civil, peut avoir lieu moyennant dispense pour des causes graves accordée par le roi en Belgique et par le chef de l'Etat en France (1). Le fait seul que, dans ces deux cas, l'empêchement peut être levé par une dispense prouve à l'évidence qu'il n'y a pas inceste véritable; s'il y avait un délit moral, aucune dispense n'en pourrait effacer la honte : qui pourrait songer à autoriser l'union du frère et de la sœur? Il y a plus : on doit se demander si la prohibition a une raison d'être. Est-ce un vrai inceste, sinon par la nature, au moins par les mœurs ou les préjugés nationaux, la loi ne devrait pas le permettre. N'est-ce pas un vrai inceste, alors pourquoi défendre le mariage et dispenser ensuite de l'empêchement? C'est l'avis de Lawrence, et il me semble que c'est le bon (2). Mais il faut prendre nos lois telles qu'elles sont; la dispense est l'exception, et elle n'est accordée que pour causes graves; n'en faut-il pas conclure que si ces causes graves n'existent pas, le mariage prohibé à raison de la parenté ou de l'alliance doit être considéré comme incestueux, et que, par conséquent, il faut appliquer la loi territoriale à laquelle l'étranger est soumis aussi bien que l'indigène?

Je crois qu'il faut distinguer. Le juge doit raisonner comme je viens de le faire. Il n'a pas à se préoccuper de la dispense, il doit appliquer la règle, car c'est la règle qui est en cause quand un étranger invoque son statut person-

(1) Code Napoléon, art. 162. Loi belge du 28 février 1831, et loi française du 16 avril 1832.

(2) Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 285.

nel pour soutenir que son mariage est valable ; le juge doit décider que le mariage litigieux constituant un délit moral d'après la loi de son pays, il est légalement impossible de le considérer comme valable. Mais autre est la situation du législateur. Il peut maintenir l'empêchement, il peut l'abolir ; cela seul prouve que la morale n'a pas un intérêt essentiel à ce que l'empêchement forme un de ces statuts qui dominent le statut personnel de l'étranger. Puis vient la considération de la dispense. Un mariage qui peut avoir lieu avec dispense ne blesse pas les mœurs publiques ; s'il suffit d'une autorisation du roi pour le légitimer, pourquoi l'autorisation générale de la loi étrangère n'équivaudrait-elle pas à la dispense royale, en ce sens que la prohibition, pouvant être levée, n'a plus assez de gravité pour que le mariage soit incestueux et pour que la loi prohibitive forme un statut réel? Il ne s'agit pas, en matière de statut, d'approuver ou de désapprouver la loi de l'étranger, il s'agit de l'accepter comme régissant les faits qui dépendent de la loi étrangère. La règle est que le statut étranger est respecté ; il y a exception quand dans un pays il existe une loi prohibitive qui intéresse les bonnes mœurs et qui domine à ce titre le statut personnel. Le législateur devrait, à mon avis, décider que l'empêchement susceptible d'être levé moyennant dispense ne forme pas un statut réel. Sans doute les bonnes mœurs sont en cause, puisque je suppose que le législateur maintient la prohibition ; mais il ne suffit pas qu'une loi intéresse à un degré quelconque les bonnes mœurs pour qu'elle constitue un statut réel, il faut que l'intérêt de la moralité soit assez grand pour que l'existence, la conservation ou le perfectionnement de la société soient compromis par la loi étrangère. Or, personne ne soutiendra que la prohibition du mariage entre oncle et nièce, ou entre beau-frère et belle-sœur ait une telle importance. Mais ce que le législateur peut faire, le juge ne le peut pas ; il doit se soumettre à la loi qui déclare le mariage incestueux ; cette loi est l'expression de la volonté générale et partant de la conscience publique : à ce double titre le juge doit l'accepter. C'est une anomalie à laquelle les traités pourront mettre fin.

296. Au delà du deuxième degré en ligne collatérale, l'incertitude commence. Grotius avoue sa perplexité (1). Y a-t-il des causes certaines et naturelles qui fassent connaître que la parenté à tel degré est un empêchement dirimant? Ce qui prouve que la nature n'est pas en jeu, c'est que dans tel pays le mariage entre oncle et nièce, ou entre tante et neveu est réputé incestueux, et qu'ailleurs il est permis. Si l'on avait égard à l'usage des peuples divers, il n'y aurait plus rien de certain, pas même l'inceste dans la ligne directe. Il faut donc dire, ce que les légistes chrétiens ne veulent pas admettre, que la morale est progressive comme la religion. En Angleterre, dit Story, il a été déclaré par statut que le mariage entre toutes personnes est permis, sauf quand la loi de Dieu le prohibe, et la loi de Dieu, c'est le Lévitique. Or, il se trouve que cette prétendue révélation est si obscure, que les interprètes ne parviennent pas à s'accorder sur le point de savoir quels sont les mariages réprouvés comme incestueux. Burge dit que ce sont tous mariages entre des personnes parentes jusqu'au quatrième degré, ce qui comprend encore les cousins germains. Le droit canonique a consacré cette interprétation (2). Mais la loi anglaise, en dépit de la parole de Dieu, arrête les empêchements au troisième degré; il en est de même dans tous les pays protestants (3). Grotius va plus loin : il soutient que le mariage entre oncle et nièce est valable et qu'il y en a des exemples chez les Hébreux (4). En vérité, il ne valait pas la peine de révéler la vérité pour aboutir à l'incertitude la plus absolue.

Cependant Montesquieu cherche à justifier l'extension que le droit canonique, et, à sa suite, les lois civiles, ont donnée à la notion de l'inceste; mais son explication tend à considérer l'empêchement en ligne collatérale au delà du deuxième degré, comme dépendant des circonstances

(1) Grotius, *De jure belli et pacis*, lib. II, c. V, § 12.
(2) Burge, *Commentaries on colonial and foreign law*, t. I, part. I, ch. V, § 1, p. 146 et 147.
(3) Blackstone, *Commentaries on english laws*, t. I[er], p. 435. Story, *Conflict of laws*, p. 154, § 114 *b*[a].
(4) Grotius, *De jure belli et pacis*, lib. II, c. V, § 14, n° 1.

de temps et de lieu plutôt que de la nature. « Dans les *premiers temps*, dit-il, c'est-à-dire dans les temps saints, tous les enfants restaient dans la maison et s'y établissaient. Les enfants de deux frères ou les cousins germains étaient regardés et se regardaient entre eux comme frères. L'éloignement qui était entre les frères et les sœurs pour le mariage était donc aussi entre les cousins germains. » Plus loin, Montesquieu ajoute : « Il y a des peuples chez lesquels, comme j'ai dit, les cousins germains sont regardés comme frères, parce qu'ils habitent ordinairement dans la même maison; il y en a où on ne connaît guère cet usage. Chez ces peuples, le mariage entre cousins germains doit être regardé comme contraire à la nature; chez les autres, non. » C'est dire que, dans nos habitudes et nos mœurs, ces mariages ont cessé d'être incestueux. Le code Napoléon arrête l'empêchement de la parenté au troisième degré; encore permet-il au roi d'en accorder dispense, ce qui est incompatible avec la tache de l'inceste proprement dit.

297. L'incertitude augmente quand de la parenté on passe à l'alliance. Le sang n'est plus en cause; mais en ligne directe, la pureté de la vie de famille exige que l'on étende à l'affinité les empêchements qui résultent de la parenté. En est-il de même dans la ligne collatérale? Sur ce point il y a des controverses sans fin. Le code Napoléon étend la prohibition au mariage entre beau-frère et belle-sœur, et il ne permet pas de lever l'empêchement par une dispense; des lois postérieures ont donné ce droit au chef de l'Etat, de sorte que l'inceste à ce degré est devenu une chose arbitraire. Ce qui prouve qu'en ligne collatérale l'empêchement de l'alliance n'est plus fondé sur la nature, c'est que pour la parenté du troisième degré le législateur ne mentionne plus l'alliance; et Montesquieu avoue que, même au second degré, l'empêchement est civil plutôt que naturel : « Il n'est point d'un usage nécessaire, dit-il, que le beau-frère et la belle-sœur habitent dans la même maison. Le mariage n'est donc pas défendu entre eux pour conserver la pudicité dans la famille, et la loi qui le défend ou le permet *n'est point la loi de la nature*, mais une loi civile qui se règle sur les *cir-*

constances et dépend des *usages* de chaque pays ; ce sont des cas où les lois dépendent des mœurs et des manières. » J'insiste sur les vraies raisons qui rendent le mariage incestueux, parce que le caractère de la loi qui admet l'inceste en dépend ; si c'est la nature qui le réprouve, on doit considérer le statut comme d'intérêt social, partant il faut le déclarer réel ; si ce sont les circonstances et les usages de chaque pays, le statut devient national ou personnel ! On va voir que là où les préjugés religieux aveuglent les esprits, la difficulté est insoluble.

Les légistes anglo-américains considèrent le mariage comme une institution chrétienne ; aucun d'eux ne conteste l'autorité du Lévitique. Comment échapper à la conséquence évidente qui en paraît découler ? Story répond qu'il faut avoir égard au consentement général de toute la chrétienté. Or, les peuples chrétiens sont loin de s'accorder sur le point de savoir à quel degré précis la parenté rend le mariage incestueux : de là la difficulté de déterminer quand il y a inceste d'après la loi de la nature et d'après le christianisme. Partout où le droit canonique a exercé son autorité et son influence, on assimile l'alliance à la parenté ; il y a cependant une différence essentielle entre un lien fondé sur le sang et un lien qui est créé par la loi. Story et Kent, les deux meilleurs jurisconsultes de l'Amérique, s'accordent à dire que l'inceste doit être limité à l'alliance en ligne directe, ce qui exclut l'empêchement entre beau-frère et belle-sœur. Ils rejettent la loi du Lévitique, à moins qu'elle n'ait été consacrée par le législateur civil ; ils se fondent sur l'incertitude de l'Ecriture sainte, entendue en divers sens par les divers interprètes. Les catholiques reconnaissent une autorité réputée infaillible qui met fin à tout doute : telle est du moins la croyance des ultramontains, ce qui n'a pas empêché les peuples catholiques de s'écarter de la prétendue loi révélée des Hébreux ; aujourd'hui que le mariage est sécularisé, le Lévitique et le droit canon ont perdu tout crédit. La parole de Dieu a maintenu son autorité, ou du moins son influence dans les pays protestants ; heureuse-

ment que le protestantisme permet à chaque fidèle d'interpréter l'Ecriture sainte à sa guise. Story et Kent ont usé de ce droit, et ils sont arrivés à la même conclusion que Montesquieu : « Il est très naturel qu'un mari qui a perdu sa femme en épouse la sœur, quand il y a des enfants ; car la nouvelle épouse devient la mère des enfants de sa sœur, et il n'y a point d'injuste marâtre (1). »

Tel n'est point l'avis des *law lords* d'Angleterre, vrais types de l'étroitesse d'esprit qui caractérise l'orthodoxie protestante et du respect aveugle pour la tradition qui règne chez les légistes anglais. Dans un procès célèbre (Brook contre Brook), les éminents jurisconsultes auxquels leur science a donné un siége à la Chambre des pairs, répudièrent l'un après l'autre la doctrine de Story. Lord Campbell, chancelier d'Angleterre, dit que le parlement considérait le mariage d'un homme avec la sœur de sa femme décédée comme contraire à la loi de Dieu et aux bonnes mœurs. Le lord St. Leonards ajouta : « Nous n'admettons point qu'une loi étrangère ait quelque force chez nous quand elle est contraire à la loi de Dieu, *telle que nous la comprenons* (2). » Le savant lord cite toutes les lois anglaises à partir du statut d'Henri VIII, qui déclarent que le mariage entre beau-frère et belle-sœur est contraire à la loi de Dieu, détesté par Dieu, parce qu'il est incestueux, par l'effet de l'alliance, comme il le serait par la consanguinité. Nous n'avons pas le droit d'examiner si le législateur a raison ou tort; il a parlé, notre devoir est d'obéir. Lord Wensleydale répudie formellement l'opinion de Story : « Si, dit-il, le magistrat américain ne veut reconnaître comme incestueux que le mariage qui est réputé tel dans toute la chrétienté, il se trompe. Nos lois prohibent ce mariage comme étant contraire à la parole de Dieu, telle qu'elle est déclarée dans l'Ecriture sainte. »

Au point de vue du droit positif d'Angleterre, les *law lords* ont raison, et j'admire le respect qu'il professent

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 150 et suiv., et les notes.
(2) According to our view of that law (Story, *Conflict of laws*, p. 153, § 114 *a*.

pour la loi, quelque absurde qu'il soit, à mon avis, de chercher la parole de Dieu dans les lois des Juifs. Mais nous ne sommes pas exclusivement sur le terrain de la loi anglaise : il s'agit de savoir si cette loi est l'expression du droit naturel, ou si l'on veut du droit divin. Or, les *law lords* eux-mêmes, ajoutent une réserve à leur opinion ; ils n'affirment pas d'une manière absolue que la parole de Dieu condamne le mariage entre beau-frère et belle-sœur, ils disent que c'est la loi de Dieu telle que le législateur anglais l'a comprise, à tort ou à raison, dit le lord chancelier. Il se peut donc que le parlement ait eu tort, et la science théologique de nos jours nous autorise à affirmer qu'il s'est trompé. Est-ce qu'une erreur d'interprétation peut avoir la force qui s'attache à une doctrine universellement admise comme l'expression du droit de la nature? Dans l'espèce, deux nations de la même souche, les Anglais et les Américains, professent une opinion absolument contraire ; les uns réprouvent le mariage entre beau-frère et belle-sœur, parce que Dieu le *prohibe* et le *déteste;* les autres le réputent légitime au point de vue *moral*, *religieux* et *chrétien* ; et déclarent que ces unions sont dignes de respect et d'éloge (1). Les Anglais peuvent-ils *détester* comme *immoral* un mariage que leurs frères des Etats-Unis *approuvent* comme *moral* et *chrétien?* Ce serait élever un préjugé à la hauteur d'une vérité éternelle. Même sur le terrain de l'Ecriture sainte, une pareille doctrine serait en opposition avec l'esprit du protestantisme; si chaque croyant a le droit d'interpréter les livres saints, il en doit être de même de chaque nation ; et si un protestant anglican n'a point le droit d'excommunier un protestant unitairien, la loi anglaise ne saurait avoir la prétention de repousser comme immorale et irréligieuse la loi américaine.

298. Maintenant que nous connaissons le vrai caractère de l'inceste, il sera facile de décider les difficultés qui se présentent dans le conflit des lois nationales. En fait de prohibition de mariage entre parents, dit Montes-

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 157, et suiv., § 115.

quieu, il importe de bien poser le point auquel les lois de la nature s'arrêtent et où les lois civiles commencent. La doctrine et la législation sont d'accord, dans les pays civilisés, pour flétrir comme incestueux les mariages dans la ligne directe et dans la ligne collatérale entre frère et sœur. C'est là l'inceste qui fait horreur, ainsi que le dit l'auteur de l'*Esprit des lois*. La conséquence est que la loi qui réprouve cet inceste forme un statut réel qui oblige tous les habitants du territoire. Un étranger ne pourrait certes pas invoquer son statut personnel pour contracter en France, en Angleterre, en Belgique un mariage incestueux, pas plus qu'il ne pourrait s'en prévaloir pour commettre un crime. Et alors même qu'il se serait marié dans son pays, conformément à la loi nationale, ce mariage n'aurait aucune valeur, ni aucun effet là où la morale, d'accord avec la législation, prohibent les unions incestueuses. Enfin, les nationaux ne pourraient aller à l'étranger pour y contracter une union incestueuse, parce que l'empêchement est une des conditions, ou des causes d'incapacité qui suivent la personne partout. Le code Napoléon en a une disposition formelle (art. 170), et les Anglo-Américains, quoiqu'ils s'attachent à la loi du lieu du contrat et qu'ils méconnaissent le statut personnel, font exception quand il s'agit d'un empêchement qui vicie le mariage dans son essence, et qui le transforme en un délit moral.

En est-il de même de l'inceste civil, c'est-à-dire du mariage entre alliés dans la ligne collatérale et entre parents au delà du deuxième degré ? L'inceste civil est purement arbitraire ; la preuve en est que les lois des nations qui appartiennent à la même race, qui ont les mêmes coutumes, diffèrent sur ce point, les uns réprouvant ce que les autres approuvent ; il y en a encore une autre preuve, ce sont les dispenses que le droit canonique accorde à prix d'argent, et que le législateur civil ne refuse guère. Il est impossible que l'on applique à l'inceste civil, qui n'est pas un inceste, les principes qui régissent l'inceste naturel. Telle est la jurisprudence des Etats-Unis. Le mariage entre beau-frère et belle-sœur, presque universel-

lement admis, est prohibé dans la Virginie ; ce qui n'empêche pas d'y réputer légitimes les unions contractées dans un Etat qui les autorise : comment un mariage réputé moral, religieux et chrétien, dans toute l'Union américaine, serait-il nul dans un seul Etat, comme contraire aux bonnes mœurs? La loi virginienne est une anomalie qui doit disparaître, et qui aurait déjà disparu si les Etats-Unis avaient un code général; mais une anomalie ne saurait être un motif suffisant pour refuser tout effet à un mariage que la conscience générale réprouve. Telle est aussi l'opinion de Story (1) et de Kent (2). Je ne sais si la question s'est présentée devant une cour anglaise; il serait impossible, me semble-t-il, qu'elle maintînt le mariage (3). Dans la doctrine professée par les *law lords*, l'inceste civil est aussi un inceste moral et religieux, et un juge ne peut certes pas donner un effet quelconque à un acte *prohibé* et *détesté* par la *parole de Dieu*. Voilà à quoi conduit la confusion de l'ordre religieux et de l'ordre civil. La vérité révelée est un préjugé, une illusion de la foi, et cette prétendue vérité sert à éterniser l'erreur.

Dans la célèbre affaire de Brook contre Brook, le mariage avait été contracté entre des Anglais beau-frère et belle-sœur, dans le Danemark: il ne paraît pas qu'il y ait eu aucun dessein de frauder la loi anglaise. D'après la jurisprudence anglaise, le mariage valable là où il est contracté est valable partout. C'est le droit commun en matière de contrats; mais on y fait exception quand la loi d'Angleterre établit une prohibition qui rend le mariage radicalement nul. Tel est l'empêchement résultant de la parenté ou de l'alliance : la loi de Dieu ne distingue point, et comment le juge oserait-il contrevenir à la parole de Dieu! (4) La décision serait la même en France et en Belgique; mais en vertu d'un autre principe : le statut qui règle l'état de la personne, et l'incapacité qui en ré-

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 158, § 116.

(2) Kent, *Commentaries on American law*, t. II, p. 98 note *a* de la 12e édit.).

(3) Comparez Story, *Conflict of laws*, p. 156, § 114 *d*.

(4) Kent, *Commentaries on American law*, t. II, p. 110, note 1, de la 12e édition. Story, *Conflict of laws*, p. 156, § 114, *c*, de la 7e édition.

sulte, suit le Français partout où il réside (code Nap., art. 3); par application de ce principe, le code Napoléon décide (art. 170) que les Français qui contractent mariage en pays étranger restent soumis à la loi française, en ce qui concerne les qualités et conditions requises pour contracter mariage. Il en serait ainsi quand même il n'y aurait aucune intention de frauder la loi nationale.

A plus forte raison, les étrangers ne seraient-ils pas admis, en Angleterre, à contracter un mariage incestueux, tel que celui de beau-frère et belle-sœur. Les cours anglaises ne peuvent pas admettre la distinction que Montesquieu fait entre l'inceste civil et l'inceste naturel : tout mariage défendu, pour cause de parenté, par le Lévitique, est contre la loi de Dieu, partant nul, d'une nullité radicale. Dans le système français, la question est douteuse. On admettrait bien en France la validité d'un mariage contracté en pays étranger et entre étrangers, s'il n'y avait qu'un empêchement qui pût être levé par une dispense; un pareil mariage n'offenserait pas les bonnes mœurs, on peut l'assimiler à un mariage contracté avec dispense; le mariage entre beau-frère et belle-sœur étant licite, en vertu d'une dispense du roi, pourquoi ne serait-il pas licite, en vertu d'une dispense de la loi étrangère? Mais si des étrangers beau-frère et belle-sœur voulaient se marier en France, je doute que l'officier de l'état civil procédât au mariage, et les tribunaux déclareraient probablement le mariage nul, sans admettre la distinction entre l'inceste civil et l'inceste naturel, cette distinction n'étant pas consacrée par la loi. Merlin semble se prononcer en ce sens en décidant que « la capacité qui résulte du statut personnel ne peut être exercée dans une souveraineté étrangère, en violation des dispositions prohibitives de cette souveraineté » (1). Les traités pourront déroger à cette rigueur excessive. La distinction que Montesquieu fait entre l'inceste naturel et l'inceste civil est évidemment applicable à un mariage qui peut être contracté entre des

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Divorce*, § XIII (t. V, p. 369 de l'édition de Bruxelles).

parents et alliés, en vertu d'une simple dispense : ce n'est pas la nature qui crée cet empêchement, car l'inceste naturel ne comporte pas de dispense ; dès lors, c'est le statut personnel qui devrait l'emporter. La souveraineté que Merlin invoque n'est en cause que lorsque la prohibition est absolue ; quand elle peut être levée par une dispense, rien n'empêche que les traités assimilent à une dispense la disposition de la loi étrangère qui autorise le mariage.

III. — *Absence.*

299. Quand l'un des époux est absent, dans le sens légal du mot, son conjoint ne peut contracter une nouvelle union. L'absence est un état d'incertitude légale sur la vie de l'absent ; il n'y a jamais présomption de mort, d'après le code Napoléon. Donc, le mariage subsiste, et partant, si le conjoint présent contractait un nouveau mariage, il y aurait bigamie. Mais c'est une bigamie légale, plutôt qu'une bigamie réelle ; car, en réalité, l'époux absent est le plus souvent mort, il arrive bien rarement qu'il reparaisse. Voilà pourquoi le code civil dispose que l'époux absent, dont le conjoint a contracté une nouvelle union, est seul recevable à attaquer le mariage ; tandis que la bigamie forme une nullité absolue qui autorise toute personne intéressée à demander la nullité. Il résulte de là que la bigamie légale, en cas d'absence, n'a point la gravité que présente la bigamie réelle. Le législateur autorise, et provoque en quelque sorte, toutes les personnes intéressées à demander la nullité du mariage, en cas de bigamie, parce qu'il y a scandale public, immoralité, crime. Quand le conjoint d'un absent contracte une union nouvelle, il y a imprudence, mais le plus souvent, il y a bonne foi, et d'ordinaire le mariage sera valable. Lorsque, par un grand hasard, l'absent reparaît, il n'y a pas de scandale, en ce sens qu'il sera inconnu là où son conjoint s'est marié, on aura oublié son existence ; s'il se décide à garder le silence, pour ne pas troubler le nouveau mariage; personne, pas même le ministère public,

ne doit avoir le droit de l'attaquer. L'absent n'agissant pas, on ne saura pas qu'il y a bigamie (1).

300. Le caractère particulier de la bigamie, en cas d'absence, décide la question de savoir si un mariage contracté en pays étranger, conformément à la loi étrangère et par des étrangers, serait valable en France. Il y a des législations qui permettent au conjoint de l'absent de contracter une nouvelle union, après que l'absent a été déclaré mort (2). Ce mariage serait un mariage bigamique, d'après le code Napoléon : est-ce à dire qu'il serait nul, d'une nullité absolue? A mon avis, non. En vertu du statut personnel de l'étranger, il serait valable. Il est vrai que l'étranger ne peut pas invoquer son statut national contre une loi qui concerne les droits de la société, dans le pays où il réside; en d'autres termes, le statut réel domine le statut personnel. Mais, dans l'espèce, il faut prendre le statut de l'absence dans le sens que lui donne le code Napoléon; on appliquera à l'étranger la règle que le code établit pour les Français, c'est-à-dire que le mariage ne peut être attaqué que par l'absent. Cela est aussi fondé en raison, et il y a même, pour le décider ainsi, un argument *à fortiori*. Si le mariage du conjoint présent, contracté en France par un Français, ne peut être attaqué, c'est parce qu'il n'y a point de scandale, pas d'immoralité, pas de crime. A plus forte raison, en serait-il ainsi du mariage contracté en pays étranger par un étranger, conformément à sa loi personnelle. Il sera absolument inconnu en France, donc pas de scandale; son union, loin d'être immorale et criminelle, est légale. Sa bonne foi ne saurait être contestée. L'ordre public n'est donc pas troublé, et par suite il n'y a aucune raison d'attaquer le mariage; et si le mariage était attaqué, le juge se trouverait dans l'impossibilité de l'annuler, la loi française ne lui permettant pas de l'annuler, et la loi étrangère autorisant le mariage.

Permettrait-on aussi à l'étranger de célébrer son ma-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. II, p. 310, n°s 245 et 246; p. 314, n° 250.

(2) Wharton, *Conflict of laws*, p. 129, § 133.

riage en France ? Je crois que non ; car, légalement, ce serait un mariage bigamique ; or, la loi ne saurait autoriser un mariage qu'elle réprouve comme criminel. Cela ne pourrait se faire qu'en vertu d'un traité. La bigamie, dans l'espèce, n'étant que fictive, il ne résulterait du mariage en France aucun scandale ; même, légalement parlant, et en fait, l'absent étant inconnu en France, le mariage de son conjoint passerait inaperçu.

301. Le conjoint français pourrait-il se marier à l'étranger si la loi territoriale autorisait le mariage ? Non, car son statut personnel ne lui permet point de se marier, et ce statut le suit partout où il réside (code Nap., art. 3 et 170). Si le mariage était célébré en pays étranger, il ne pourrait être attaqué en France, sinon par l'absent, puisque le mariage serait régi par la loi française. Il en serait ainsi, alors même que l'époux français se ferait naturaliser dans un pays dont la loi lui permettrait de contracter une nouvelle union : le mariage serait, à la vérité, valable d'après la loi territoriale, et d'après le nouveau statut de l'époux ; mais il ne pourrait se prévaloir de son statut personnel, contre la loi française, comme je viens de le dire (n° 300).

IV. — *L'adoption.*

302. En cas d'absence, il y a une bigamie légale, sans que l'on puisse dire que, moralement, il y ait un mariage bigamique. Il y a aussi un cas dans lequel il y a un inceste légal, bien qu'il n'y ait pas de mariage incestueux, au point de vue de la nature. Le code Napoléon prohibe le mariage entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants. C'est une prohibition analogue à celle qui existe entre parents, dans la ligne directe. Est-ce à dire que ce mariage soit incestueux ? Il est certain qu'il n'y a pas d'inceste véritable, puisque les personnes entre lesquelles le mariage est prohibé ne sont pas liées par le sang. On ne peut pas même dire qu'il existe entre elles une parenté civile ; il n'y en a pas entre l'adoptant et l'adopté, la loi ne qualifie jamais l'adoptant de père, elle ne se sert qu'une

seule fois de l'expression d'enfants adoptifs (code Nap., art. 348), mais, du reste, elle ne parle ni de paternité, ni de filiation, et il est certain qu'entre l'adoptant et les descendants de l'adopté, il n'y a aucun lien de parenté, même fictive (1). Si le code prohibe le mariage, c'est par des considérations morales, pour éviter que l'espoir et la promesse du mariage ne favorise des relations illicites entre des personnes qui vivent ensemble (2). Il en est de même de la prohibition de mariage que la loi établit entre les enfants adoptifs du même individu, entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant; entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté. Dans ce dernier cas, il y a une alliance fictive; mais la parenté même, pouvant à peine être considérée comme un lien fictif, l'alliance est encore moins qu'une fiction. Ce qui prouve que le législateur n'attache pas une grande importance à ces fictions, c'est que les empêchements qu'il établit, à raison de l'adoption, sont simplement prohibitifs; si le mariage était contracté, il serait valable. On en doit conclure que l'union n'est pas incestueuse, car on ne conçoit pas que l'inceste soit un empêchement prohibitif : il est dirimant de son essence.

303. Il faut conclure de là que la loi qui prohibe le mariage en matière d'adoption ne forme pas un statut réel, dans le sens que nous donnons à ce mot, quand il s'agit de savoir, si le statut personnel de l'étranger est dominé par le statut territorial. On suppose qu'un mariage soit contracté entre deux enfants adoptifs d'une même personne, dans un pays où la loi autorise cette union; ce mariage sera parfaitement valable en France; on ne pourrait pas se prévaloir de la loi française, puisque celle-ci, tout en prohibant le mariage, ne l'annule point quand il a été contracté. Il y a plus, l'étranger pourrait célébrer son mariage en France en vertu de son statut personnel. En théorie, cela est certain, car un empêche-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IV, p. 337, nº 250.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IV, p. 338, 252.

ment simplement prohibitif ne s'adresse qu'aux nationaux, ce n'est pas une de ces lois qui intéressent l'existence de la société ou sa conservation ; il y a donc lieu de s'en tenir au statut personnel des parties intéressées. Mais je doute que cette théorie fût acceptée en France, soit à l'état civil, soit par les tribunaux. Je dirai plus loin quelle est la pratique française en matière de dispense ; elle méconnaît le statut personnel de l'étranger, et il est probable qu'on n'en tiendrait aucun compte en cas d'adoption. Les traités pourraient régler cette matière avec plus de courtoisie, d'autant plus qu'ici la courtoisie est d'accord avec le droit.

N° 3. DES CONDITIONS QUI NE FORMENT PAS UN STATUT RÉEL.

I. *L'âge.*

304. L'âge auquel les personnes peuvent contracter dépend, en général, de leur majorité, et la majorité forme un statut essentiellement personnel ou national. Aussi admet-on, là où l'on tient compte du statut personnel, que la capacité de l'étranger est régie par sa loi nationale, sans qu'on puisse lui opposer la loi territoriale du pays où le contrat se passe. Les lois favorisent le mariage, en ce sens qu'elles permettent au mineur de se marier ; jadis on suivait partout la règle que le droit canonique avait empruntée aux lois romaines, en autorisant le mariage à douze ans pour les femmes, à quatorze ans pour les hommes : le législateur ne tenait compte que de la nubilité. Les lois modernes ont généralement élevé l'âge auquel le mariage est permis, sauf dans les pays qui sont restés attachés à la tradition, tels que l'Angleterre et les Etats-Unis, et les pays catholiques où le droit canon est encore en vigueur. Il y a une grande variété, en cette matière, d'une loi à l'autre, et dans un seul et même pays, d'une province à l'autre ; il en était ainsi dans l'ancienne France, et jusqu'à ces derniers temps en Allemagne ; à côté du droit canonique qui fixait l'âge d'après la puberté, en ayant égard aux climats du midi, il y avait des législa-

tions qui semblaient déterminer l'âge d'après la majorité; tel était le code de Würtemberg, qui ne permettait le mariage qu'à vingt-cinq ans pour les deux sexes, et la loi du grand-duché de Hesse admettait l'âge de vingt et un ans, tandis que dans la Hesse Electorale on distinguait, entre les hommes pour lesquels on exigeait vingt-deux ans, et les femmes pour lesquelles on se contentait de dix-huit ans. La dernière loi portée pour l'empire d'Allemagne, du 6 février 1875, a pris un terme moyen de vingt ans pour les hommes et de seize ans pour les femmes (art. 28). Ce sont à peu près les limites de la loi suédoise. vingt et un ans et quinze (1).

305. Cette diversité infinie est-elle fondée sur un principe? Le droit romain et, à sa suite, le droit canonique, ne tenaient compte que de la puberté; dans cet ordre d'idées on comprend que les Romains, habitant un pays du midi, aient fixé l'âge où l'on peut se marier, à douze et à quatorze ans. Mais le droit canonique, applicable dans toute la chrétienté, dans le nord comme dans le midi, poussait le principe de l'unité jusqu'à l'absurde en se contentant de l'âge de douze ans dans des pays où les femmes à cet âge ne sont pas pubères; et les légistes anglais étaient tout aussi inconséquents en voulant expliquer l'âge de douze et de quatorze ans par la théorie générale des contrats. Le mariage étant un contrat, puisqu'il se forme par le consentement, les parties doivent être capables de contracter, dit Kent (2). Faut-il demander au savant chancelier si des enfants de douze ans ont la capacité naturelle requise pour contracter? Si l'on avait admis le principe de la capacité, on aurait dû logiquement exiger la majorité pour le mariage comme pour tous les contrats, sans tenir compte de la puberté, car la puberté ne donne pas la capacité de contracter. A vrai dire, les législateurs ne paraissent pas s'être préoccupés de la capacité de contracter requise dans tout contrat; ils ont considéré exclusivement le côté physiologique du mariage.

(1) Comparez Fœlix, dans la *Revue étrangère et française*, t. VIII (1841), p. 645 et suiv.
(2) Kent, *Commentaries on american law*, t. II, p. 78.

Il en est ainsi du code Napoléon. Portalis, dans l'Exposé des motifs, se demande à quel âge les hommes sont pubères. On a tenu compte de cette considération pour élever l'âge auquel, dans l'ancien droit, on permettait le mariage. L'orateur du Tribunat le dit : « C'est d'Athènes, de Rome, de Constantinople même que nous venaient les anciennes lois qui admettaient le mariage à douze et quatorze ans. Peut-être pouvaient-elles convenir à ces climats ; elles étaient évidemment absurdes dans le nôtre ; elles y eussent été désastreuses si, mieux conseillés par la nature que par la loi, la presque universalité des citoyens ne se fût abstenue d'en user (1). »

306. Là où l'âge est fixé à raison de la puberté, la loi forme un statut essentiellement personnel ou national. Il serait absurde d'exiger des femmes du midi, se mariant en France, l'âge de quinze ans, fixé par le code Napoléon, si leur loi personnelle leur permet, à raison du climat, de se marier à douze ans, parce que, à cet âge, elles sont pubères ; de même qu'il serait absurde que des Françaises, non pubères à douze ans, pussent se marier à cet âge dans un pays étranger où les femmes sont pubères à cet âge. La puberté tenant au climat, c'est la loi nationale qui doit déterminer l'âge auquel elle existe et auquel, par conséquent, le mariage est permis. La loi territoriale n'a aucune qualité pour imposer ses prescriptions aux étrangers, les droits de la société étant absolument hors de cause en cette matière.

Il en serait de même si l'on déterminait l'âge par la majorité, ou la capacité de contracter, comme paraissent le faire les lois allemandes que je viens de citer (n° 304). La majorité dépend aussi du climat et de toutes les circonstances locales qui avancent ou retardent le développement des facultés intellectuelles et morales. C'est donc la loi personnelle qui seule a qualité pour déterminer l'âge où l'homme et la femme sont capables de contracter, et, par suite, de se marier. Rien, en cette matière, ne dépend du statut réel.

(1) Portalis, *Exposé des Motifs*, n° 10 (Locré, t. II, p. 381). Boutteville, *Discours*, n° 5 (Locré, p. 409).

307. Reste à savoir quel est le principe le plus rationnel, celui de la puberté ou celui de la capacité de contracter qui se confond avec la majorité. Il n'y a pas de question plus importante puisque le mariage est en cause, et, par suite, l'ordre moral et civil. En théorie, la solution n'est pas douteuse : le mariage ne peut être permis qu'à ceux qui ont la capacité requise pour se marier. Cette capacité doit-elle être déterminée uniquement par la puberté? ou faut-il exiger, de plus, la capacité intellectuelle et morale? La réponse dépend de l'idée que le législateur se fait du mariage. Si le mariage n'est que l'union des corps, s'il a pour seul but de procréer des enfants et de perpétuer l'espèce humaine, les considérations physiologiques doivent prévaloir. Il en était ainsi dans l'antiquité non seulement chez les peuples de l'Orient, mais même chez les Grecs et les Romains. Voilà pourquoi la puberté déterminait l'âge auquel le mariage était permis, et comme la puberté est plus précoce chez les femmes que chez les hommes, on fixait un âge différent pour les deux sexes. Le droit canonique adopta cette règle; n'était-ce pas adopter aussi le principe dont elle était la conséquence? On le nierait vainement; pour les chrétiens comme pour les gentils, le mariage n'était que l'union des corps; non qu'ils attachassent à la multiplication de l'espèce humaine l'importance que les anciens y attachaient, c'était plutôt par une considération morale qu'ils permettaient le mariage dès que la puberté éveillait les passions : il vaut mieux se marier, dit saint Paul, que de brûler. Le mariage était un remède contre l'incontinence. Mais le grand apôtre, et, à sa suite, les Pères de l'Eglise donnaient la préférence au célibat, qui rapprochait les hommes des anges, tandis que le mariage semblait les ravaler jusqu'aux brutes. Les préjugés religieux jetèrent de profondes racines dans les âmes; ils dominent encore aujourd'hui dans les législations, en ce sens, du moins, que le mariage étant considéré comme l'union des corps, doit être permis dès que cette union devient possible par la puberté.

Est-ce encore là l'idéal du mariage, tel que les peuples

modernes le comprennent? Non certes. D'abord le célibat n'est plus considéré comme un état de perfection; l'expérience des siècles a constaté que la prétendue perfection de ceux qui pratiquaient le célibat aboutissait à une horrible imperfection. Le mariage n'est pas non plus un remède contre l'incontinence dans le sens de saint Paul. Il y a une parole profonde dans l'Ecriture Sainte : « Il n'est pas bon à l'homme d'être seul. » Le mythe de la création révèle les desseins de Dieu : l'homme et la femme ne forment qu'un seul être, les deux personnes se confondent et se complètent l'une l'autre. Dans cet ordre d'idées, le mariage change de nature : c'est l'union des âmes. Le mot est de Napoléon; j'aime à le citer, parce qu'il est l'expression des sentiments et des idées de l'humanité moderne; et ce n'est pas un utopiste, ni un rêveur qui l'a dit, c'est un guerrier et un homme politique.

308. L'idéal du mariage ayant changé, la loi qui la régit doit changer également. Quand je dis que l'idéal a changé, je n'entends pas dire que le législateur ne doit tenir aucun compte de l'union des corps et des conditions physiologiques du mariage. Mais, par une divine harmonie, il se trouve que la nature physique de l'homme et sa nature intellectuelle et morale ont un rapport intime, et que la condition d'âge exigée pour l'union des corps répond à celle que demande l'union des âmes. Il est évident que le mariage ne peut pas être permis avant l'époque de la puberté; mais doit-il l'être dès que la puberté existe? On l'a cru pendant des siècles. La science moderne a prouvé que c'est une erreur. Il ne suffit pas que l'homme puisse procréer et que la femme puisse concevoir, pour que la physiologie leur permette de s'unir par le mariage; il faut que leur constitution physique ait acquis la vigueur nécessaire pour que le mariage n'affaiblisse pas les époux et qu'ils ne donnent pas le jour à des enfants faibles et chétifs. Le droit de la société est, sur ce point, d'accord avec l'intérêt des familles. On dit que la population dégénère; la cause n'en serait-elle pas dans les mariages trop précoces? Sans doute, il y a un autre danger et une cause de dégénérescence; j'y reviendrai. Pour le moment

je constate quels sont les enseignements de la médecine. La puberté peut exister vers l'époque à laquelle le code Napoléon autorise le mariage ; mais l'homme et la femme n'ayant pas acquis à l'âge de quinze ou de dix-huit ans la plénitude de leurs forces, les mariages précoces seront nécessairement nuisibles aux époux et aux enfants, et, par suite, à la société. Donc il faut reculer l'âge auquel le mariage est permis en le fixant à la majorité (1). C'est l'âge que les lois établissent pour déclarer l'homme capable des actes de la vie civile (code Nap., art. 488).

Le mariage exige une double capacité, celle du corps et celle de l'âme, par la raison très simple qu'il doit être l'union des corps et l'union des âmes. Je viens de constater, en m'appuyant sur la science médicale, que l'âge de quinze et de dix-huit ans, admis par le code Napoléon, ne suffit point pour que le but physique du mariage soit atteint. Il est encore plus insuffisant pour que le mariage réponde à son but moral. Le mariage doit être une école de perfectionnement réciproque ; et faut-il demander si la femme à quinze ans peut contribuer à faire l'éducation de son mari, et si le mari à dix-huit ans peut faire l'éducation de sa femme? La question est un non-sens. La jeune fille, à l'âge où on lui permet de se marier, est encore un enfant, et le jeune homme est encore ou devrait être sur les bancs de l'école. Ils ne comprennent ni l'un ni l'autre ce que c'est que le mariage, et quels sont les devoirs sévères qu'il impose. On lit dans le code Napoléon que les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation d'élever leurs enfants (art. 203). Et comment veut-on qu'ils élèvent leurs enfants, alors qu'eux-mêmes auraient besoin d'être élevés? Le mari doit protection à sa femme, dit l'article 213 ; et les lois le déclarent incapable de se protéger lui-même tant qu'il est mineur. La femme, dit le code, doit obéissance à ce singulier protecteur, ce qui suppose que son autorité est fondée sur la raison ; or, le code le range parmi les inca-

(1) Voyez mon avant-projet de revision du code civil, *Motifs et matériaux*, t. Ier, p. 389 et suivantes.

pables. Ainsi un incapable guide l'autre? Je demande si cela a le bon sens.

La destinée de l'homme en ce monde est de se perfectionner en développant les facultés dont Dieu l'a doué. Il lui faut pour cela l'instruction, et l'instruction doit être en même temps une éducation. Est-ce que, par hasard, l'instruction est achevée à quinze et à dix-huit ans? Pour les femmes, hélas! l'instruction a été jusqu'ici nulle; c'est à peine si le législateur commence à s'en occuper. On vient de construire, en Belgique, les premières écoles normales pour institutrices. Et l'on va faire une loi qui crée des écoles moyennes pour demoiselles. Des parents, même libéraux, mettent encore leurs filles au couvent, et Dieu sait quelle est l'instruction donnée par des idiotes, et l'éducation donnée par des religieuses dont la conscience est dans les ténèbres aussi bien que l'intelligence. Cependant la femme a droit, aussi bien que l'homme au développement de ses facultés intellectuelles et morales; elle y a droit, qu'elle se marie ou non; mais c'est surtout quand elle se marie que son ignorance et son incapacité conduisent à des conséquences déplorables. Que devient l'union des âmes quand la femme ne s'intéresse pas à ce que pense et à ce que fait son mari, parce qu'elle ne le comprend pas? Que devient l'harmonie des époux quand la femme sort d'un couvent et que le mari est libre penseur? Qu'on laisse la jeune fille sur les bancs de l'école, et elle y restera si on ne lui permet pas de se marier avant sa majorité; tandis que, dans l'état actuel des choses, la jeune fille, et ses parents encore plus qu'elle, ne songent qu'au mariage; et si elle se marie, il n'est plus question d'un travail intellectuel, les soins du ménage et des enfants absorbent la jeune femme, sans parler des plaisirs du monde. Et voilà comment la femme accomplit sa destinée. Il en serait de même de l'homme, s'il se mariait, comme le code le lui permet, à dix-huit ans. Mais la loi est tellement en opposition avec les nécessités de la vie réelle, qu'elle ne s'exécute pas. Les jeunes gens qui se destinent à une carrière savante entrent à l'université à l'âge où le mariage est permis; et la plupart n'achèvent leurs études

qu'après leur majorité. Les commerçants, les industriels, les artisans ont un stage pratique à faire, qui ne leur permet guère de songer au mariage. Il faut descendre jusqu'à la malheureuse classe des prolétaires pour trouver des hommes qui se marient à peine adolescents. Dans les classes riches on jouit de la vie avant de contracter mariage. C'est un autre écueil, les lois sur le mariage sont impuissantes à remédier au mal de l'oisiveté, la mère de tous les vices; c'est l'œuvre de l'instruction et de l'éducation qui doivent être complètement réorganisées : il faut que l'élément moral y pénètre et y domine, c'est une condition d'existence pour l'humanité.

La moralisation des générations nouvelles, tel doit être le grand souci du législateur. Je sais bien que les lois sur l'âge où le mariage sera permis ne suffiront pas pour accomplir cette grande œuvre, mais elles la rendront au moins possible en laissant les jeunes gens et les jeunes filles à l'école jusqu'à leur majorité. On objectera que l'écart serait trop grand entre la puberté et l'âge où le mariage sera permis, ce qui pourrait conduire à des relations coupables. Je réponds que, si la jeunesse était occupée à des études sérieuses et soumise à une forte éducation, le danger que l'on redoute serait grandement diminué. Il faut ajouter que la précocité des mariages n'empêche pas l'immoralité : d'une part, ceux qui pourraient user de ce droit à raison de leur position sociale ne le font point, ils veulent jouir de la vie, et on sait ce que cela veut dire. C'est dans les classes inférieures, parmi les prolétaires que l'on trouve le plus de mariages précoces : est-ce que la moralité y gagne? Il est rare, dit-on, que les ouvriers de fabrique se marient sans que la future ait été en chambre. La faculté de se marier à quinze et à dix-huit ans n'est donc pas une garantie de moralité.

309. Le système du code civil ne fut pas admis sans opposition. Au conseil d'Etat, Maleville fit la remarque que des époux trop jeunes n'avaient pas la maturité d'esprit et l'expérience nécessaires pour conduire leurs maisons et élever des enfants. Le consul Cambacérès dit qu'il fallait envisager la question de l'âge sous le rapport

du consentement réfléchi que les personnes qui se marient doivent donner à leur mariage. Maleville appuya cette observation : « C'est le consentement des parents, dit-il, qui forme le mariage, lorsque les époux n'ont pas assez de discernement pour donner un consentement réfléchi. Il importe encore à l'Etat que les mariages lui donnent des enfants robustes et bien conformés, et que leurs parents aient la capacité nécessaire pour les conserver et en diriger la conduite. » Berlier se prévalut de l'usage général qui se règle sur la puberté; il s'agissait, d'après lui, d'une simple faculté, dont, comme par le passé, on n'userait sans doute que bien rarement. Tout en avouant que le développement de la nature précède celui de la raison, il était d'avis qu'il fallait laisser aux familles le droit de marier dans ce cas les enfants pubères : il croyait que le consentement des parents, sans lequel le mariage des mineurs est invalide, offrait une garantie suffisante contre les dangers que l'on pouvait craindre. C'était assez mal raisonner. Le premier consul fit la remarque très juste qu'il s'agissait de poser une règle générale : « Si l'on reconnaît qu'il n'est pas avantageux que la génération tout entière se marie à treize et à quatorze ans (c'était l'âge proposé par le projet), il ne faut pas l'y autoriser; il est préférable d'ériger en règle ce qui est conforme à l'intérêt public, et de ne permettre que par une exception, dont l'autorité publique serait juge, ce qui ne sert que l'intérêt particulier. » Napoléon ajouta une autre considération que l'expérience a malheureusement confirmée : « Dans un pays où le divorce est reçu, on ne peut espérer la durée des mariages si l'on permet de les contracter presque au sortir de l'enfance. » Le mariage contracté par des enfants risque d'être un enfantillage. On le voit dans nos classes ouvrières. A chaque réunion du bureau de consultations gratuites, on voit de jeunes époux demander le divorce ; si on les écoutait, les mariages seraient rompus, alors qu'ils sont à peine formés : cela prouve que la légèreté a présidé à leur formation. De pareilles unions ne peuvent pas atteindre le but que le législateur a en vue. Le premier consul ajouta que, même sous l'ancien

régime, on mariait rarement des enfants de treize à quatorze ans; ou si de grands intérêts déterminaient à former de telles unions, on séparait les époux jusqu'à ce qu'ils eussent atteint l'âge d'une maturité plus avancée. Le remède au mal était étrange, car le remède venait après que le mal était consommé. La singularité de la législation frappait l'esprit logique de Napoléon : « Il serait bizarre, dit-il, que la loi autorisât des individus à se marier avant l'âge où elle permet de les entendre comme témoins, ou de leur infliger les peines destinées aux crimes commis avec discernement. » Le premier consul aurait pu ajouter qu'il est plus bizarre encore que l'on considérât comme capables de se marier des mineurs que la loi déclare incapables de contracter : on leur défend d'aliéner quand la chose ne vaudrait qu'un franc, et on leur permet d'aliéner leur liberté pour toute leur vie, et la loi ne leur offre d'autre remède contre leur légèreté que le divorce, que le législateur lui-même redoute comme un mal. Napoléon conclut en disant que le système le plus sage serait peut-être de n'autoriser le mariage qu'à vingt et un ans pour les hommes et à quinze ans pour les filles (1).

Le conseil d'Etat adopta l'âge de quinze ans pour les filles, il éleva la limite pour les hommes jusqu'à dix-huit ans. La différence s'explique si l'on ne tient compte que de la puberté; elle n'a pas de raison d'être si l'on admet le principe défendu par Maleville, Cambacérès et le premier consul. Si l'on veut que le mariage soit un acte réfléchi et que les époux aient atteint l'âge où leur raison a acquis une certaine maturité, il n'y a plus de motif pour faire une différence entre l'homme et la femme : est-ce que les facultés intellectuelles et morales de la femme sont plus développées que celles de l'homme à un âge où l'un et l'autre sont encore mineurs et incapables? La loi elle-même dit le contraire, puisqu'elle fixe la majorité à vingt et un ans pour les deux sexes. Cela me paraît décisif contre le système du code. Le vrai principe est celui de la majorité, avec la faculté pour le gouvernement d'accor-

(1) Séance du Conseil d'Etat du 26 fructidor an IX, nos 8-10 (Locré, t. II, p. 312-314).

der des dispenses : c'est celui que j'ai proposé dans l'avant-projet de revision du code civil. Ce principe est en harmonie avec la mission de l'homme; il est appelé à se perfectionner en développant les facultés dont Dieu l'a doué. C'est pendant l'enfance et la jeunesse que l'on jette les bases de cette œuvre sans fin : laissez donc l'enfance et la jeunesse dans les écoles. Après cela, vous pourrez permettre le mariage à des hommes et à des femmes qui savent ce qu'ils font et à qui l'on a appris qu'il faut agir d'après ce que l'on sait.

II. *Le consentement des ascendants et de la famille.*

310. Le code Napoléon permet le mariage aux mineurs. Tel est le droit commun. La loi de l'empire d'Allemagne, en fixant l'âge à seize et à vingt ans, a abrogé les lois particulières de quelques Etats qui exigeaient un âge plus avancé, vingt et un, vingt-deux ou vingt-cinq ans. Les mineurs étant incapables de contracter, il fallait exiger le consentement des ascendants ou de la famille pour couvrir leur incapacité. C'est le système du code français, adopté avec des modifications par les codes des Pays-Bas et d'Italie, et ce système forme à peu près le droit commun, sauf des différences dans les détails. Toutefois il y a des exceptions remarquables. Le droit canonique n'exige pas le consentement des ascendants pour la validité du mariage; or le droit de l'Eglise était jadis le droit de toute la chrétienté, et il s'est maintenu dans quelques pays protestants, tels que l'Ecosse et les Etats-Unis; comme dans ces mêmes pays on a aussi conservé la règle de l'âge, empruntée au droit romain, on aboutit à cette conséquence que des enfants de douze et de quatorze ans peuvent se marier par leur seule volonté, sans aucune intervention de la famille, et même sans solennité aucune; incapables à tous autres égards, ils sont considérés comme capables quand il s'agit de l'acte le plus important de la vie (1).

(1) Voyez le détail des diverses législations dans Fœlix, *Revue étrangère et française de législation*, t. VIII, p. 700 et suiv.

Je ne discute pas pour le moment cette anomalie, sauf à y revenir.

La loi qui exige le consentement des ascendants ou de la famille forme-t-elle un statut réel, dans le sens que je donne à ce terme en matière de mariage? Il s'agit de savoir si la société a droit et intérêt à soumettre tous ceux qui habitent le territoire, étrangers ou nationaux, à la condition du consentement pendant leur minorité. Dans la doctrine des statuts, on doit répondre négativement. L'âge auquel les hommes peuvent contracter est essentiellement un statut personnel, qui suit la personne partout où elle réside; comme il est déterminé par des considérations physiques, intellectuelles, morales, propres à chaque pays, il faut dire que c'est le législateur national qui seul est compétent pour fixer cet âge; la loi territoriale n'a ni qualité, ni droit, pour imposer ses prescriptions aux étrangers. Je viens de dire que la puberté est considérée par la plupart des codes comme la seule condition de capacité, en ce sens que les lois permettent le mariage à ceux qui sont nubiles. S'il y a des lois qui se contentent de la puberté, sans exiger le consentement des ascendants ou de la famille, il faut en conclure que l'âge de douze à quatorze ans forme une majorité spéciale pour le mariage, et l'on doit appliquer à cette majorité particulière le principe qui régit la majorité générale; c'est-à-dire que les étrangers seront capables de se marier en France s'ils sont arrivés à l'âge où, d'après leur loi personnelle, ils peuvent contracter mariage sans consentement de leurs ascendants ou de la famille. On ne pourrait pas leur opposer que le statut du consentement est réel et qu'il domine, à ce titre, leur statut national, puisque la condition du consentement ne forme pas un statut réel. Vainement invoquerait-on les travaux préparatoires du code civil, pour en induire que la société est intéressée à fortifier les liens de la famille, et à raffermir l'autorité paternelle, ébranlée par les révolutions; ces raisons peuvent justifier le système du code civil, en ce qui concerne les Français, mais on ne saurait sans injustice s'en prévaloir contre les étrangers; ceux-ci répondraient que le mariage est un droit, et que

c'est à leur loi nationale de juger s'ils sont capables d'exercer ce droit. La raison est décisive pour la majorité spéciale du mariage, si on l'admet pour la majorité générale. Qu'importent les inconvénients, disons mieux, les abus qui peuvent résulter d'une législation qui permet à des enfants de se marier, sans garantie aucune que leur consentement soit la libre expression d'une volonté réfléchie? Cela regarde la loi nationale des époux. Le législateur français n'a pas à s'inquiéter de ce que deviennent des mariages contractés par des Américains, puisque les époux ne sont pas destinés à vivre en France; c'est donc leur affaire, et l'affaire de leur loi personnelle.

Si des Américains peuvent se marier en France, à l'âge de douze et de quatorze ans, sans consentement, à plus forte raison le mariage qu'ils contracteraient aux Etats-Unis serait valable en France; ils n'en pourraient pas demander la nullité en invoquant la loi française, car ils ne sont pas régis par cette loi, pour tout ce qui concerne leur état et leur capacité ; capables en vertu de leur statut national, leur mariage est pleinement valable. Il resterait valable, alors même qu'ils se feraient naturaliser en France, car la naturalisation n'a point d'effet rétroactif; les actes faits valablement par les étrangers, avant qu'ils soient naturalisés, sont maintenus, puisqu'ils ont été faits conformément à la loi.

Il en serait autrement des mariages que des Français contracteraient aux Etats-Unis, sans y être naturalisés. Ils sont soumis à la loi française qui forme leur statut personnel; par suite, le mariage contracté sans le consentement de leurs ascendants serait nul en France, et nul partout où l'on a égard au statut personnel des contractants. Ici il peut y avoir conflit entre la loi personnelle et la loi territoriale. La loi des Etats-Unis ne tient aucun compte du statut personnel, elle valide le mariage des Français, pourvu qu'il soit conforme à la loi américaine. Voilà encore une fois un de ces regrettables conflits d'où résultera que des personnes seront époux légitimes aux Etats-Unis et concubins en France. Il n'y a que des traités qui y puissent mettre fin, car sur un changement de prin-

cipe, il ne faut pas compter; le droit traditionnel cède difficilement devant la raison.

311. Je passe à une question plus difficile. Quelle est la valeur rationnelle de la condition, généralement admise, du consentement des ascendants pour couvrir l'incapacité des mineurs? La question a une double face. Si l'on permet aux mineurs de se marier, faut-il exiger le consentement de leurs ascendants pour la validité du mariage? Et si l'on juge ce consentement nécessaire, couvrira-t-il l'incapacité des mineurs, ou n'est-ce pas plutôt une raison déterminante pour ne pas permettre le mariage aux mineurs?

La première question ne présente aucun doute, à mon avis. Je ne comprends pas le système américain, pour mieux dire le droit canonique, car c'est le droit canonique qui est le coupable. Dire que l'homme est capable de se marier dès qu'il est pubère, c'est ravaler le mariage, et n'y voir qu'un accouplement physique. Telle est bien l'idée du christianisme traditionnel; c'est la raison pour laquelle le célibat est l'idéal de la perfection évangélique, le mariage n'est légitimé que comme un remède contre l'incontinence; or, le danger commence avec la puberté, c'est même alors qu'il est le plus grand, puisqu'il n'est pas tenu en échec par la raison; donc il faut permettre le mariage aux enfants dès qu'ils deviennent pubères. Cet intérêt est plus grand que celui de l'autorité paternelle; l'Eglise conseille aux enfants d'honorer leurs père et mère et de demander leur consentement, mais si le mariage est célébré sans leur consentement, l'Eglise le maintient. Le sacrement et l'esprit de domination de l'Eglise conduisent à la même conséquence. Chez les Américains, une considération d'un ordre moins élevé vient à l'appui de la doctrine chrétienne : ils prennent à la lettre le commandement de Dieu et de la nature : Croissez et multipliez. Il faut que l'immense territoire des Etats-Unis se peuple; donc la loi doit favoriser les mariages à tout prix.

Je reviendrai sur le système américain. La législation presque unanime des peuples civilisés a répudié le droit canonique; les peuples les plus attachés à l'Eglise ont

refusé de recevoir le canon du concile de Trente qui permet aux enfants de se marier à douze et à quatorze ans sans le consentement de leurs père et mère. Il s'est fait une révolution complète dans les sentiments et les idées sur le mariage; ce n'est plus l'union des corps qu'il faut hâter pour empêcher la fornication, c'est l'union des âmes qu'il ne faut permettre qu'à l'homme et à la femme dont la raison et la conscience sont assez éclairés pour qu'ils comprennent le but du mariage et qu'ils soient en état de le réaliser. Que si le législateur veut autoriser le mariage des mineurs, il faut de toute nécessité que leur incapacité soit couverte par le consentement de ceux que Dieu leur a donnés comme guides et protecteurs. Le droit l'exige, puisque des mineurs sont incapables de contracter; l'intérêt des époux le demande, puisqu'ils doivent être protégés contre l'incapacité de leur âge; la société est intéressée à ce que les mariages soient des contrats sérieux, et l'on dira tout ce que l'on voudra, l'union que des enfants contractent ne saurait être qu'un enfantillage.

312. Le consentement des ascendants ou de la famille est une nécessité juridique et morale, si l'on admet le mariage des mineurs. Reste à voir si ce consentement couvre réellement leur incapacité. A mon avis, la négative est certaine; je m'empare du droit commun contre le droit commun et je dis que la nécessité d'un consentement qui habilite les mineurs prouve que les mineurs sont radicalement incapables de contracter mariage. La loi qui permet aux mineurs de se marier, avec le consentement des ascendants ou de la famille, est en opposition avec les principes que le code Napoléon établit sur l'incapacité des mineurs. Les mineurs sont incapables de contracter, en ce sens qu'ils sont représentés, dans les actes juridiques qui les concernent, par leur père ou par leur tuteur, ils n'y figurent pas personnellement. Incapables des actes ordinaires de la vie, comment seraient-ils capables de l'acte d'où dépend le bonheur ou le malheur de leur existence entière? Il fallait cependant les faire figurer dans l'acte de célébration du mariage, parce que c'est un acte essentiellement personnel; ce sont les futurs époux qui

prononcent le *oui* devant l'officier de l'état civil, mais ils ne peuvent le prononcer qu'après avoir obtenu le consentement de leurs ascendants ou du conseil de famille. Il y a donc deux consentements dans le contrat de mariage : quel est le véritable? Ce n'est pas celui des mineurs, car ils n'ont pas la capacité de consentir; c'est celui des ascendants ou de la famille. Ainsi les mineurs se marient sans consentir véritablement, de même que tous les actes juridiques qui les concernent se font en leur nom par leur représentant. En réalité ce sont les parents qui consentent et qui marient les mineurs. Cela est contraire à l'essence des contrats et contraire à la raison. Si l'on veut que les mineurs puissent contracter mariage, il faut faire comme les Américains, les déclarer capables de se marier dès qu'ils sont pubères, sans intervention de la famille. Mais c'est échapper à une absurdité, pour tomber dans une absurdité plus grande, en se contentant d'une capacité fictive pour le plus important des contrats, alors que les mineurs restent incapables de consentir la moindre convention. Moralement les deux systèmes sont également absurdes. C'est le mineur, dont le consentement n'existe pas ou n'est que fictif, qui prend l'engagement solennel de rester uni à son conjoint pour la vie; c'est lui qui supporte les conséquences de cet engagement dont il ne comprend pas même le sens; c'est lui qui va remplir les obligations de mari et de femme, qu'il est incapable de remplir : le mari s'obligeant à protéger sa femme, alors qu'il ne sait pas se protéger lui-même : la femme s'obligeant avec son conjoint à élever leurs enfants, alors qu'ils ont besoin eux-mêmes d'être élevés. On dit que les mariages se font au ciel : il faudrait réellement un miracle pour que des unions ainsi contractées assurassent le bonheur des époux et procurassent aux enfants l'éducation, qui est leur droit. Mais Dieu ne fait point de miracles; il donne aux hommes la raison et la conscience pour les éclairer et les inspirer : attendez donc que la raison et la conscience soient assez développées pour permettre à l'homme et à la femme de contracter un engagement qui est la base de leur vie morale.

313. Quels sont les motifs que l'on donne pour justifier cette étrange théorie d'un contrat sans consentement véritable? Portalis dit que dans l'ancienne jurisprudence la nécessité du consentement des ascendants dérivait de la *puissance,* et il entend par là *une sorte de droit de propriété* qui, dans l'origine, appartenait aux pères sur ceux auxquels ils avaient donné le jour (1). L'origine du droit de consentir au mariage des enfants mineurs est caractéristique. A vrai dire, les enfants ne consentent pas; c'est le père qui consent, il marie son fils et sa fille, comme il les aurait vendus dans l'ancien droit romain. L'individualité de l'enfant était entièrement méconnue, violée. N'en est-il pas de même sous l'empire du code Napoléon? Les idées d'autorité et de puissance, dit Portalis, sont remplacées par l'amour des pères et par leur prudence. Admettons qu'il en soit ainsi; toujours est-il que c'est le père qui consent et qui contracte, bien plus que l'enfant : est-ce un véritable consentement que celui d'une enfant de quinze ans et, au besoin, de douze? C'est pour cela, dit-on, que le père intervient pour couvrir son incapacité. Je conçois que, dans les actes d'intérêt pécuniaire, l'incapacité du mineur soit couverte par une autorisation ; dans ces actes, celui qui autorise ou consent contracte en réalité. Cela est si vrai que le droit français a supprimé l'autorisation; le père ou le tuteur agissent pour le mineur et le représentent. Mais le mariage est un contrat essentiellement personnel; l'enfant doit consentir; sans consentement, dit le code civil (art. 148), il n'y a point de mariage. Eh bien, mettez en regard l'enfant mineur, incapable intellectuellement et moralement, et le père qui peut accorder ou refuser son consentement, et dites qui, dans ce contrat, consent réellement : c'est le père qui consent, ce n'est pas l'enfant incapable.

Le rapporteur du Tribunat a essayé de donner une autre couleur au consentement des ascendants. « C'est la société, dit Gillet, qui interroge le père pour qu'il lui

(1) Portalis, *Exposé des motifs*, n° 14 (Locré, t. II, p. 382, édition de Bruxelles).

réponde que son fils ou sa fille apporte au contrat solennel du mariage un consentement *vrai, solide* et *éclairé* (1). » Voilà une pétition de principe s'il en fut jamais. La loi elle-même déclare les mineurs incapables d'un consentement *vrai, solide* et *éclairé*. C'est la raison pour laquelle elle ne les fait pas même intervenir dans l'administration de leurs biens. Et l'on veut que le père, en consentant au mariage, affirme que le consentement de la jeune fille de quinze ans a été *vrai, solide* et *éclairé*, alors que de droit elle est incapable d'un consentement pareil! Le père peut-il garantir ce qui, légalement, est impossible et ce qui, de fait, est tout aussi impossible?

Le rapporteur du Tribunat a recours à une fiction pour justifier le mariage contracté avec le consentement du père. Lui-même va nous dire que le consentement du père est un acte d'autorité. L'édit de 1556, celui de 1575, et les ordonnances subséquentes ne parlaient que des *pères*, et Portalis dit qu'ils consentaient en vertu de leur *autorité*, qui jadis était un droit de propriété. Le code Napoléon est la première loi qui ait exigé en termes exprès le consentement des *aïeuls* et *aïeules*. Gillet avoue que cette innovation causa d'abord quelque étonnement. Ceux qui voulaient le consentement des ascendants se basaient sur le droit romain et sur le droit d'exhérédation : or, d'après le code civil, les aïeuls n'exercent plus la puissance paternelle et ils n'ont plus le pouvoir de déshériter. Gillet en conclut que l'on aurait peut-être dû peser de nouveau les motifs de l'autorité donnée aux aïeuls; mais, dit-il, « après nos longs ébranlements, le législateur était frappé surtout de la *nécessité de raffermir l'ordre de la société par l'ordre des familles* ». Faut-il demander ce que la nécessité de raffermir l'ordre social ébranlé par la révolution a de commun avec le consentement *vrai, solide* et *éclairé* de ceux qui se marient à quinze ou à dix-huit ans? La vérité est que l'ordre social ne s'en est pas mieux trouvé que les familles.

(1) Gillet, Rapport n° 10 (Locré, t. II, p. 402). L'orateur du Tribunat s'exprime dans le même sens (Boutteville, *Discours* n° 8, dans Locré, t. II, p. 410).

314. Le consentement du père, dit Portalis, est un acte d'amour et de prudence; le rapporteur du Tribunat avoue que les ascendants interviennent par une considération d'autorité. Il est certain que les ascendants exercent, en matière de mariage, un pouvoir absolu et sans contrôle. Le père refuse de consentir, la mère consent; c'est la volonté du père qui l'emporte. Cependant l'un et l'autre ont la puissance paternelle, et l'affection de la mère est certes aussi grande que celle du père. Malgré cela, le mariage ne pourra pas se faire. Voilà bien le pouvoir absolu du père. Mais, dans notre droit moderne, la puissance paternelle n'est plus qu'un pouvoir de protection; disons mieux, c'est un devoir. Ne peut-il pas arriver que le père, au lieu de remplir son devoir, abuse de l'autorité absolue que la loi lui donne? Et n'est-ce pas une preuve que c'est le père et non l'enfant qui consent?

Le législateur italien l'a compris. Il ouvre un recours devant les tribunaux contre le refus du père. Ce recours peut être exercé dans l'intérêt de la fille et du fils mineurs, soit par les parents, soit par les alliés, soit par le ministère public (art. 67). Il est certain que c'est sur la plainte des enfants que la famille et le ministère public interviennent. Sur cette espèce de dénonciation, il s'engage un procès dans lequel l'enfant et le père sont entendus; il est vrai que cela se fait en chambre du conseil et sans l'intervention d'avocats. Toujours est-il qu'il y a procès; le ministère public prend des conclusions et la cour rend une décision. Qu'elle donne raison au père ou à l'enfant, peu importe; la paix de la famille n'en est pas moins troublée pour toujours. Ne vaudrait-il pas mieux éviter ces conflits et ces discordes en ajournant le mariage jusqu'à la majorité? Le législateur français consacre le pouvoir absolu du père; et ce pouvoir absolu peut appartenir à un vieillard qui n'a pas même la puissance paternelle. Cependant on légitime cette autorité illimitée sous le nom de prudence et d'amour. C'est un cercle vicieux de contradictions et d'inconséquences.

315. Le code Napoléon va plus loin; après avoir permis à des incapables de se marier, avec le consentement

de la famille, il défend à des majeurs de contracter mariage sans le consentement des ascendants; le fils, quoique majeur et capable, a besoin du consentement de ses ascendants jusqu'à vingt-cinq ans (art. 148). Voici les motifs que Portalis donne de cette nouvelle anomalie : « Dans les contrats ordinaires de la vie, le terme de la majorité est moins reculé que pour les mariages; c'est que les mariages sont, de toutes les actions de la vie, celles desquelles dépend le bonheur ou le malheur de la vie entière des époux, et qui ont une plus grande influence sur le sort des familles, sur les mœurs générales et sur l'ordre public. « Cela est très vrai, mais cela est vrai pour la femme comme pour l'homme. Portalis ajoute que la nature se développe plus rapidement dans un sexe que dans l'autre (1). Cest une nouvelle confusion d'idées. Le consentement des époux n'a rien de commun avec la puberté. A vingt et un ans, l'homme et la femme ont dépassé depuis longtemps l'époque où ils sont devenus pubères; ils sont majeurs et capables. Pourquoi maintient-on la règle générale de la capacité pour la femme, tandis que l'on y déroge pour l'homme? La raison donnée par Portalis ne répond certes pas à la question.

Le rapporteur du Tribunat dit que les filles, hors du mariage, ont rarement un état, ce qui veut dire qu'il faut se hâter de les marier. Il y aurait un autre moyen de leur donner un état, ce serait de leur assurer l'instruction et l'éducation qui conviennent à leurs facultés et de leur ouvrir des carrières qui leur procureraient une position honorable sans qu'elles fussent obligées de faire ce que l'on appelle des mariages de raison. On était loin de ces idées à l'époque où l'on discutait le code civil; c'est à peine si l'on commence à s'en préoccuper à la fin du dix-neuvième siècle. Là est cependant la vraie solution d'un problème qui touche aux plus graves intérêts de l'ordre moral. Je dois rester sur le terrain du code. Il ne suffit pas de marier les jeunes filles; le législateur veut aussi que le mariage assure leur bonheur. Si à vingt et un ans

(1) Portalis, *Exposé des motifs*, n° 12 (Locré, t. II, p. 382).

le consentement de l'homme n'est pas encore *vrai*, *solide* et *éclairé*, comment se fait-il que la femme soit considérée comme plus capable? A-t-elle plus de *solidité d'esprit*, plus d'*intelligence*, plus de *lumières?* On peut hardiment affirmer le contraire. Le législateur doit être conséquent et prendre un parti. Veut-il favoriser le mariage, qu'il maintienne la majorité ordinaire, c'est certes le système le plus logique. Craint-il l'aveuglement des passions, qu'il prolonge la minorité pour la femme aussi bien que pour l'homme. Mais il aura beau faire des lois restrictives de la liberté, les lois n'éclairent pas et ne moralisent pas par elles-mêmes; il n'y a qu'un moyen pour cela : laissez les mineurs sur les bancs de l'école jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de la capacité légale, et profitez de ces longues années non seulement pour les instruire, mais surtout pour les moraliser. Puis laissez-leur pleine et entière liberté avec la responsabilité de leurs actions : la liberté, même avec ses écarts, vaut mieux que les chaînes.

Le législateur italien a maintenu la différence entre le fils de famille et la fille, mais en cherchant une garantie pour le fils majeur contre l'abus que le père pourrait faire de son autorité : « L'enfant majeur peut recourir à la cour d'appel contre le refus de consentement des ascendants. La cour statue après avoir entendu les parties et le ministère public à huis clos. L'intervention de procureurs ou d'autres défenseurs n'est point admise. La décision de la cour ne doit pas être motivée; elle peut seulement faire mention du consentement qui serait donné devant la cour même » (art. 67). J'ai déjà dit que le conflit entre l'enfant et son père, porté devant les tribunaux, témoigne contre la loi qui y donne lieu (n° 314). Cette lutte acquiert plus de gravité lorsque le fils est majeur; c'est la rupture du lien de famille. Ainsi le système français et italien, qui exige le consentement après la majorité, conduit à cette fâcheuse alternative : ou d'abandonner le fils majeur à la merci du pouvoir arbitraire d'un ascendant, ou de lui permettre un recours devant les tribunaux. Le premier parti, qui est celui du code français, est en opposition avec l'esprit de la législation nouvelle et même de la tra-

dition coutumière : le père n'a plus de puissance paternelle, son autorité est toute de protection, donc c'est un devoir; si la protection dégénère en tyrannie, il y a abus, et le législateur fait de cet abus un droit! Il faut donc ouvrir un recours à l'enfant contre l'abus, comme l'a fait le code italien; la justice le veut. Mais l'exercice de ce droit est aussi un mal, et il accuse une opposition entre la théorie de la loi et le fait. On suppose que l'ascendant résiste par affection et par prudence. Et voilà que le législateur lui-même prévoit que l'amour n'est que despotisme, et que la prudence est l'inintelligence de la vieillesse.

316. Il y a un troisième système, c'est celui du droit anglais : la liberté avec la responsabilité. La *common law* n'exigeait aucun consentement des ascendants, même pour les enfants mineurs. C'est la règle du droit canonique, dit Blackstone; à mon avis, elle n'en valait pas mieux pour cela (n° 311). Un statut de Georges II exigea le consentement du père, et, à son défaut, celui de la mère, pour les enfants mineurs. L'innovation rencontra une vive opposition; on invoqua, contre la restriction apportée à la liberté du mariage, l'intérêt de la morale et l'intérêt public, qui demande que la loi favorise l'accroissement de la population (1). J'ai déjà répondu à la considération morale. Quant à l'accroissement de la population, faut-il le favoriser à tout prix, alors même qu'en permettant à des enfants de douze et de quatorze ans de se marier, le but moral du mariage est manqué? Et comment des enfants, dont le développement physique est encore incomplet, peuvent-ils procréer des enfants qui deviennent une force pour la société?

La *common law* règne aussi aux Etats-Unis. Il y a été dérogé par des statuts particuliers de divers Etats, qui exigent le consentement des ascendants jusqu'à un certain âge, par exemple dix-huit ans pour la femme, vingt et un ans pour l'homme. Toutefois on admet que le mariage, quoique contracté au mépris des nouveaux statuts, est va-

(1) Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, t. Ier, p. 437 et 438, de la 7e édition).

lable (1). La loi est dénuée de toute sanction. On ne peut pas même dire qu'il en résulte un empêchement prohibitif, en ce sens que le mariage ne peut pas être célébré, car il n'y a pas de célébration de mariage aux Etats-Unis ; le simple consentement suffit pour valider l'union, sans intervention d'un officier public ni d'un ministre du culte ; et comme généralement le mariage peut avoir lieu à douze et à quatorze ans, il en résulte que de purs enfants peuvent se marier par leur seule volonté, malgré leurs parents et sans garantie aucune de leur liberté. C'est un excès contraire à celui que j'ai critiqué dans la législation française, et je ne sais lequel est le plus mauvais.

A mon avis, la législation américaine est tellement dangereuse, que je m'effraye de devoir l'admettre, à titre de statut personnel, en France et en Belgique. Cependant les principes le veulent ainsi. Il est certain que les cours des Etats-Unis valideraient un mariage contracté en France par des enfants de douze et de quatorze ans, sans consentement des père et mère et sans solennité ; elles ont poussé le mépris des principes du droit international, tels que nous les professons en Europe, jusqu'à valider un prétendu mariage que des Français avaient contracté en France par leur seul consentement. D'après la règle *Locus regit actum*, il faudrait admettre que le mariage des Américains en France ne pourrait avoir lieu sans l'intervention de l'officier de l'état civil, puisque cette condition est requise pour l'existence même du mariage ; sans célébration, sans la solennité de la prononciation du mariage au nom de la loi, l'union des époux ne serait qu'un concubinage ; or, jamais nos tribunaux ne reconnaîtront au concubinage l'effet d'un mariage légal. Je crois qu'il faudrait encore aller plus loin et dire que si le statut personnel des parties exige le consentement des parents, il en résultera en France un empêchement prohibitif, de sorte que l'officier de l'état civil ne pourra pas prononcer l'union ; ce serait une anomalie, puisque les parties ne pourraient

(1) Kent, *Commentaries on american law*, t. II, p. 105-107 (90-92) de la 12ᵉ édition.

pas contracter en France un mariage qu'elles seraient libres de contracter aux États-Unis. Mais si le mariage était célébré, il ne pourrait être attaqué en France ; les tribunaux devraient appliquer le statut personnel des époux qui maintient le mariage, quoiqu'il ait été contracté au mépris de la loi qui exige le consentement des père et mère. Nos juges ne pourraient pas opposer au statut américain la loi française à titre de loi réelle, car le consentement des ascendants ou de la famille n'est pas une de ces conditions qui tiennent au droit de la société, à son existence ou à sa conservation ; ce qui le prouve, c'est que la nullité qui résulte du défaut de consentement n'est pas absolue ; en vertu du code Napoléon, elle n'est que relative, et elle peut être couverte; donc elle est considérée, par le législateur français lui-même, comme étant d'intérêt privé, ce qui exclut l'application de la loi territoriale. Je ne vois qu'un remède au mal, c'est que, par l'influence des idées et de la science, les législateurs de tous les pays s'accorderont à admettre la majorité comme condition de validité du mariage. Alors le consentement des ascendants viendra à tomber, et, par suite, les parties jouiront de la plus entière liberté.

317. Je reviens au droit français. Le code Napoléon exige le consentement du conseil de famille jusqu'à l'âge de vingt et un ans pour les fils et les filles, s'il n'y a ni père ni mère, ni aïeuls ni aïeules (art. 160). Cette condition est requise pour la validité du mariage; elle forme donc un empêchement dirimant pour les Français. Mais la loi française ne pourrait être opposée aux étrangers à titre de statut réel; je viens d'en dire la raison. Dans l'espèce, il est certain que l'intervention de la famille n'est une garantie ni pour la société ni pour les parties contractantes. Le législateur lui-même n'a pas une entière confiance dans les conseils de famille. Un fils qui a des ascendants a besoin de leur consentement jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans; cela prouve que, dans l'esprit de la loi, il n'a pas la capacité requise pour pouvoir contracter mariage. S'il est incapable, la famille devrait intervenir pour couvrir son incapacité. Pourquoi la loi n'exige-t-elle pas

que le conseil des parents consente au mariage des majeurs, alors qu'elle le charge de consentir au mariage des mineurs? C'est une contradiction logique à ajouter à toutes celles que l'on rencontre en cette matière. Le rapporteur du Tribunat dit que « les affections des collatéraux, plus éloignées, sont aussi plus incertaines, et qu'il s'y mêle souvent trop de petits intérêts étrangers au bonheur des époux (1) ». Ce sont cependant ces parents si peu affectueux, si égoïstes qui doivent veiller au bonheur d'enfants mineurs qu'ils connaissent à peine! S'ils sont indignes de la confiance du législateur quand il s'agit d'un fils de famille qui est majeur, en seront-ils plus dignes si les futurs époux sont mineurs? Tout est contradiction, et les prétendues garanties sont illusoires.

Il est certain que les motifs exposés par le rapporteur du Tribunat ne justifient point la loi. Si les fils mineurs de vingt-cinq ans sont incapables, comme le code civil le suppose, il faut que leur incapacité soit couverte, et elle ne l'est point quand ils n'ont pas d'ascendants; ainsi, dans ce cas, ils deviennent capables; comment un incapable deviendra-t-il capable par la circonstance toute fortuite qu'il a le malheur de perdre ses père et mère? Comment une seule et même personne peut-elle être tout ensemble capable et incapable; incapable si elle a des ascendants, capable si elle n'en a pas? Qu'importe que le conseil de famille ne mérite pas assez de confiance pour qu'on lui donne le droit de consentir au mariage d'un mineur de vingt-cinq ans? Si cette garantie est insuffisante, cherchez-en une autre, mais ne laissez pas abandonné à ses passions un mineur que vous déclarez incapable d'y résister. C'est ce qu'a fait le code des Pays-Bas. Les légistes néerlandais disent que les conseils de famille n'ont pas répondu aux espérances du législateur. L'indifférence avec laquelle les parents remplissent leur devoir est devenue proverbiale; il faut la menace des amendes pour les amener à prendre part aux délibérations; c'est

(1) Gillet, Rapport au Tribunat n° 11 (Locré, t. II, p. 402, édition de Bruxelles).

l'intérêt personnel qui les inspire, et parfois de plus mauvais sentiments : l'envie et la haine. Le législateur hollandais a abandonné le système du code français pour revenir à la tradition nationale en chargeant le tuteur, de commun accord avec le subrogé tuteur, de consentir au mariage. Y mettront-ils plus de dévouement? Ce qui prouve que la confiance de la loi n'est pas entière, c'est qu'elle ouvre au mineur un recours en justice contre le refus des tuteur et subrogé tuteur (1).

Ainsi, de l'aveu même des législateurs, en France, en Italie, dans les Pays-Bas, les garanties qu'ils cherchent dans le consentement des ascendants ou de la famille sont inefficaces. Que serait-ce si l'on pouvait constater les faits? On a vu des conseils de famille consentir à des mariages scandaleux. A-t-on jamais vu un conseil de parents refuser son consentement par affection pour le mineur et dans son intérêt? La réponse à ces questions et la solution de la difficulté sont si simples, que l'on s'étonne que les législateurs de tous les pays ne soient pas d'accord pour exiger la majorité comme condition de validité du mariage. Les Américains ont raison d'écarter toute intervention étrangère dans le mariage, même celle des ascendants, même celle du père et de la mère : ce sont les époux qui contractent, eux et eux seuls doivent consentir. Mais pour consentir il faut avoir la capacité que donne le développement des facultés intellectuelles et morales. Laissez là le droit canonique avec sa condition de puberté. La puberté ne donne pas la capacité. Consultez la nature, elle vous répondra que des enfants de douze et de quatorze ans sont incapables de contracter l'engagement le plus sérieux de la vie. Attendez qu'ils soient arrivés à l'âge où l'homme est réellement libre, parce que sa pensée est libre; alors vous pourrez lui laisser une entière liberté : son bonheur est en jeu, c'est à lui d'en décider.

318. Je dois encore revenir au code Napoléon. Alors même que les futurs époux sont majeurs quant au mariage, ils doivent néanmoins demander le *conseil* de leurs ascen-

(1) Asser, *Het Nederlandsch burgerlyk wetboek*, p. 38, § 49.

dants quand ceux-ci refusent de consentir à leur union; c'est ce que l'on appelle un acte respectueux. Cet acte doit être renouvelé deux fois, de mois en mois, par la fille mineure de vingt-cinq ans, et par le fils qui n'a pas atteint l'âge de trente ans. Après l'âge de vingt-cinq ou de trente ans, la loi n'exige plus qu'un seul acte respectueux. La demande de conseil n'est qu'une simple formalité, en ce sens que si, après trois actes ou un acte respectueux, l'ascendant persiste dans son refus, il peut être passé outre à la célébration du mariage. De plus, le mariage serait valable quand même il aurait été célébré sans qu'il y ait eu des actes respectueux; il n'y a d'autre sanction que des peines contre l'officier de l'état civil qui aurait procédé à la célébration du mariage (code Nap., art. 151, 152 et 156).

L'usage des actes respectueux existait dans l'ancien droit français; ils furent abolis par la loi du 20 septembre 1792. Portalis nous dira pourquoi le code civil les rétablit : « Quand les enfants sont arrivés à leur majorité, ils deviennent eux-mêmes les arbitres de leur destinée; leur volonté suffit, ils n'ont besoin du concours d'aucune autre volonté. » Voilà le droit des enfants reconnu par les auteurs du code civil; dès qu'ils ont atteint leur développement physique, intellectuel et moral, le mariage est plus qu'un droit pour eux, c'est un devoir. La nature a veillé à ce que ce devoir fût rempli. De son côté, le législateur doit permettre le mariage dès que la capacité de le contracter existe, sans l'entraver par des formalités inutiles. On a remarqué que les hommes qui ne se marient pas jeunes restent la plupart célibataires. L'égoïsme est la lèpre de notre société; on l'écoute moins dans l'âge des vives affections. Mais une fois que le froid calcul s'en mêle, on trouve une masse d'excuses pour échapper à des liens qui nous enchaînent pendant toute la vie. Il est donc bon que le législateur favorise le mariage. Telle était la pensée de la loi de 1792. Les futurs époux jouent le grand rôle dans le contrat qui intéresse avant tout leur bonheur; leur droit doit être respecté du moment qu'ils ont atteint la majorité, c'est-à-dire l'âge de la capacité légale.

Qu'est-ce que Portalis oppose au droit des enfants? Il rappelle d'abord quel était l'ancien droit : « Pendant la vie des père et mère, les enfants majeurs étaient encore obligés de s'adresser aux auteurs de leurs jours pour requérir leur consentement, quoique la loi eût déclaré qu'il n'était plus nécessaire. » Pourquoi exiger que les enfants requièrent le consentement de leurs ascendants, alors que, malgré leur refus, ils ont le droit de contracter mariage? L'orateur du gouvernement répond : « Il nous a paru utile aux *mœurs* de faire revivre cette espèce de *culte* rendu par la *piété filiale* au caractère de *dignité*, et, j'ose dire, de *majesté* que la *nature* elle-même semble avoir imprimé sur ceux qui sont pour nous sur la terre l'*image* et même les *ministres* du Créateur (1). » Je regrette de dire que c'est là de la phraséologie, comme on en rencontre trop souvent dans les discours prononcés devant le Corps législatif par les orateurs du gouvernement et du Tribunat. Qu'est-ce que les *mœurs* ont à gagner à des *actes* qui ne sont qu'une simple formalité? Singulier *culte* rendu par la *piété filiale* à la *dignité* des ascendants. Le *culte*, le *respect* même ne se trouvent que dans les *termes*, dans les mots. Au fond, l'acte respectueux consiste à signifier aux père et mère que l'enfant est décidé à se marier, malgré leur refus de consentir à son mariage. La demande de *conseil* est une dérision; car la signification des actes respectueux implique, comme le dit le code, que l'enfant passera outre. Si le père de famille est une *majesté,* il faut avouer que la loi permet de s'en moquer; et si la loi voulait que ce fût une majesté véritable, elle devrait revenir au système romain, en mettant les enfants dans le domaine du père. Mais il en est de cette majesté comme de bien d'autres qui s'en vont. Que dire de la comparaison que Portalis fait entre les pères et les ministres du Créateur dont ils sont l'image, alors que le code civil n'ose pas même dire que les pères ont la puissance paternelle, et en réalité elle n'existe plus!

(1) Portalis, *Exposé des motifs*, nº 17 (Locré, t. II, p. 383).

Le rapporteur du Tribunat a d'autres raisons qui ne valent guère mieux : « Puisque le mariage est destiné à étendre les rameaux de la famille, et que, par lui, les pères voient naître de leurs enfants un nouvel ordre de descendants, il est juste qu'ils ne demeurent pas étrangers à ce contrat, de qui dépend l'existence de leur postérité (1). » Cette raison est de celles qui prouvent trop; si on la prenait au sérieux, il faudrait exiger le consentement des ascendants comme condition du mariage, au lieu que le code en fait une simple formalité. Le Tribunat oubliait que le mariage est le plus personnel, le plus intime des contrats; les ascendants n'ont pas le droit d'y intervenir, ni de s'y opposer dans leur intérêt, ni dans celui de la famille. C'est le droit de l'enfant qui y domine : il quitte père et mère pour créer une famille nouvelle; c'est lui qui s'engage, c'est lui qui sera heureux ou malheureux. Elevez-le de manière qu'à sa majorité il soit un homme, et abandonnez-le ensuite à ses inspirations; il subira les conséquences de son choix, il doit aussi l'exercer en pleine liberté.

On ne peut donner qu'une raison un peu plausible en faveur des actes respectueux, c'est qu'en arrêtant le mariage ils donnent à l'enfant le temps de réfléchir et de revenir sur une résolution qui parfois est dictée par une passion aveugle. Telle est la théorie; est-ce que l'expérience la confirme? La résistance des ascendants et les lenteurs qu'elle entraîne ne calment pas les passions, elles les irritent. L'enfant s'obstine, et l'ascendant, voyant son autorité méprisée, s'obstine de son côté; le respect filial et l'amour paternel font place à la division et à la haine. Ces motifs ont engagé le législateur italien à supprimer les actes respectueux, comme on l'avait déjà fait dans les provinces rhénanes, où le code Napoléon les avait introduits. Les faits attestent que les actes respectueux manquent complètement leur but. Quand un enfant se décide à recourir aux actes respectueux, la désunion existe : le père refuse de consentir au mariage, l'enfant est décidé à pas-

(1) Gillet, Rapport au Tribunat, n° 1 (Locré, t. II, p. 429).

ser outre. Est-ce que la réconciliation va se faire à la voix du notaire, qui le plus souvent n'est pas même reçu? Ce n'est pas par des actes officiels que l'on apaise les passions, c'est par l'influence que donne l'amitié. Ces observations ont été faites au sein de la commission italienne, et je ne vois pas ce qu'il y a à y répondre (1).

Le code des Pays-Bas est resté fidèle aux principes de la législation française en exigeant le consentement des ascendants; mais, sur leur refus, il ne fait pas intervenir un notaire. L'enfant peut s'adresser à la justice; le juge de paix entend les parties, leur fait des représentations et dresse procès-verbal. Si les père et mère persistent dans leur refus, il pourra être procédé à la célébration du mariage trois mois après la comparution. Le code néerlandais n'exige plus que le consentement soit demandé par l'enfant majeur aux aïeuls et aïeules; à raison de leur âge avancé et des préjugés dont les vieillards sont souvent imbus, ils pourraient refuser leur consentement pour des motifs qui n'ont rien de commun avec le bonheur de l'enfant; le droit de celui-ci doit l'emporter sur une opposition qui peut ne pas émaner d'une volonté éclairée. La théorie du code des Pays-Bas vaut mieux que celle du code Napoléon; un magistrat doit avoir plus d'influence sur les parents et les enfants qu'un homme d'affaires. Mais, d'un autre côté, dès qu'un magistrat intervient entre le père et l'enfant, la désunion s'aggrave; le père ne pardonnera pas à l'enfant de l'avoir fait comparaître devant un magistrat, et l'enfant qui forme un recours contre le refus de son père le traite en adversaire; le respect et l'amour s'en vont, et le lien de la famille est rompu.

La loi de l'empire d'Allemagne, du 6 février 1875, se rapproche du système néerlandais; aux termes de l'article 29, les enfants légitimes ont besoin, pour contracter mariage, les fils jusqu'à vingt-cinq ans et les filles jusqu'à vingt-quatre ans, du consentement de leur père. Si le père est mort ou dans l'impossibilité de faire connaître sa vo-

(1) *Processi verbali della commissione speciale*, p. 30, n° 5. Pisanelli, *Dei progressi del diritto civile italiano*, p. 74.

lonté, il faut le consentement de la mère, et, de plus, celui du tuteur, si l'enfant est mineur. L'article 32 ajoute qu'en cas de refus du père ou de la mère de consentir au mariage, l'enfant *majeur* peut passer outre avec autorisation de justice. C'est la dernière loi qui ait été portée sur le mariage ; à mon avis, elle est décisive contre la théorie du consentement des ascendants exigé après la majorité de l'enfant. Le législateur allemand a senti que l'enfant majeur doit avoir un recours contre le refus de ses père et mère, et ce recours ne peut être que judiciaire. Une lutte s'engagera donc devant les tribunaux entre le père et l'enfant. Cette intervention de la justice entre l'enfant et le père a tant d'inconvénients et si peu d'avantages, si avantage il y a, que mieux vaut ne pas la provoquer, en laissant à l'enfant le plein usage de sa liberté, ce qui est, après tout, le droit commun.

319. Maintenant il nous sera facile de décider quelle est la nature du statut qui exige le consentement des ascendants après la majorité de l'enfant. Qu'il soit personnel de sa nature, et par conséquent une dépendance de la loi nationale, cela n'est point douteux : il en est ainsi de toutes les conditions requises pour pouvoir contracter mariage. Seulement parmi ces conditions, il y en a qui tiennent aux droits de la société, en ce sens que l'existence et la conservation de la société sont intéressées à ce qu'on les observe : telles sont les lois qui concernent la polygamie et l'inceste naturel. En est-il de même de la loi qui exige le consentement des ascendants? Ce que je viens de dire des divers systèmes en cette matière prouve que le législateur a tort de prolonger la minorité au delà de l'époque ordinaire à laquelle l'enfant devient majeur : capable de tous les actes de la vie civile, il doit aussi l'être pour le mariage, l'acte le plus personnel de la vie de l'homme. Le code français consacre le pouvoir absolu du père sur son fils jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans ; ce pouvoir répugne à nos idées de liberté ; les codes d'Italie, des Pays-Bas, d'Allemagne ouvrent un recours à l'enfant contre le refus arbitraire du père ; c'est admettre implicitement que la volonté de l'enfant doit l'emporter : le ma-

riage est pour lui un droit et un devoir. Cela est décisif dans notre débat; il ne saurait y avoir une loi territoriale qui domine la liberté de l'enfant quand elle est consacrée par son statut personnel. A plus forte raison, la loi qui prescrit aux enfants, majeurs pour le mariage, de demander le conseil des ascendants par des actes respectueux ne peut-elle pas être opposée au statut personnel de l'enfant, qui lui permet de se marier sans demander le conseil de ses ascendants. Une simple formalité qui ne constitue qu'un empêchement prohibitif ne saurait être considérée comme constituant un droit essentiel de la société; partant le statut personnel de l'étranger qui ne prescrit point cette formalité doit conserver toute sa force.

La question n'est pas sans importance en ce qui concerne les mariages contractés par des Français à l'étranger. Si l'on s'en tient au texte de l'article 170 du code Napoléon, on peut dire qu'un mariage célébré en Angleterre par des époux français, sans avoir demandé le conseil de leurs ascendants, est nul comme ayant été contracté en fraude de la loi française : il y a des arrêts en ce sens. Si tel est le sens de la loi, elle est contraire aux vrais principes. Je suppose que les futurs époux aillent se marier en Angleterre pour se soustraire à la loi des actes respectueux : peut-on dire qu'ils fraudent par là la loi française et qu'ils manquent au respect que l'enfant doit à ses ascendants? On devrait le dire si l'acte respectueux était prescrit sous peine de nullité. Mais dans le système du code civil, c'est une formalité qui, en fait, ressemble à une mauvaise comédie : l'enfant, tout en professant en paroles un profond respect pour son père, brave son autorité et s'en moque. En vérité, l'enfant qui va en Angleterre, et s'y marie sans cette formalité dérisoire, témoigne plus de respect pour ses parents, en leur épargnant une scène désagréable, qui ne fait que les irriter.

Cette même question peut se présenter dans le système des lois qui, tout en exigeant le consentement au delà de la majorité, permettent à l'enfant un recours devant les tribunaux contre le refus des ascendants. La solution est plus difficile. On ne peut plus dire qu'il s'agit d'une simple

formalité, car le refus des ascendants peut être confirmé par les tribunaux ; c'est donc une condition intrinsèque requise pour la validité du mariage. A ce titre la loi forme un statut personnel qui suit la personne à l'étranger, et qui devient une cause de nullité s'il n'est pas observé. De là un conflit entre la loi territoriale et la loi nationale qui ne peut être vidé que par des traités. C'est une nouvelle raison, me semble-t-il, pour engager le législateur à se rallier au principe anglais : pleine capacité à l'âge de la majorité, et par conséquent liberté entière de contracter mariage.

III. *L'interdiction et le conseil judiciaire.*

320. Le code Napoléon garde le silence sur l'interdiction; de là des controverses sans fin. Il y a des auteurs qui considèrent comme inexistant le mariage contracté par l'interdit; dans cette opinion, il faut dire que l'interdiction forme un statut réel, en ce sens que l'étranger interdit, à qui son statut national permettrait de contracter mariage, ne pourrait pas se marier en France ; la loi française ne reconnaissant aucun effet au mariage d'un Français interdit, il est impossible qu'elle valide le mariage d'un interdit étranger ; ce serait un trouble dans l'ordre public, car c'est pour des motifs d'intérêt public que l'on déclare le mariage inexistant : impossibilité d'un consentement véritable, crainte que la terrible maladie qui frappe l'époux ne se transmette aux enfants. La société est certainement intéressée à empêcher un mariage pareil, et à le déclarer nul s'il était contracté par un étranger ; donc le statut territorial doit dominer le statut personnel.

Dans une autre opinion on déclare le mariage de l'interdit nul, ou annulable. La différence que la doctrine admet entre les actes nuls et les actes inexistants aurait-elle une influence, dans l'espèce, sur la nature du statut? Je ne le crois pas ; car les motifs pour lesquels on considère le mariage comme nul sont les mêmes, dans l'une et l'autre doctrine ; la différence tient à des difficultés de

texte, dans lesquelles il est inutile d'entrer ici (1). Qu'une action soit nécessaire pour que le mariage soit annulé, ou qu'il soit nul en vertu de la loi, peu importe, si, dans l'esprit de la loi, l'empêchement est établi pour les mêmes raisons d'intérêt social. Le statut devrait donc être déclaré réel dans l'une et l'autre hypothèse. Cependant je ne voudrais pas le décider ainsi d'une manière absolue. Par cela même que le mariage de l'interdit est seulement nul, il produira ses effets tant qu'il n'a pas été annulé; or, admettre que ce mariage produit des effets, n'est-ce pas reconnaître qu'il n'y a point de raison d'intérêt social pour empêcher un étranger interdit de se marier si son statut personnel le lui permet? Si l'interdit se marie dans un intervalle lucide, l'obstacle du consentement disparaît. Reste la considération physiologique, qui est très grave; mais ne peut-on pas dire qu'il appartient à chaque législateur de la décider, et que le législateur territorial ne doit veiller qu'à la santé de ses sujets, qu'il n'a pas à se préoccuper de la santé des étrangers? Je pose des questions sans les résoudre, parce qu'il y a un élément du débat qui n'est point de ma compétence, l'élément médical, et c'est précisément celui-là qui est décisif dans ce débat. Toujours est-il que je n'oserais pas déclarer réel le statut qui prohibe le mariage d'un interdit, alors que le statut national déclarerait valable l'union qu'il contracte dans un intervalle lucide.

321. Les personnes placées sous conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit peuvent se marier, d'après le code Napoléon; elles sont capables par cela seul que la loi ne les déclare pas incapables. J'ai proposé, dans l'avant-projet de revision du code civil, de ne leur permettre le mariage qu'avec le consentement de leur conseil, et sur l'avis de la famille; le consentement et l'avis seraient soumis à l'approbation du tribunal, lequel, avant de se prononcer, entendrait le futur époux, et demanderait l'avis d'un médecin aliéniste. Si cette disposition était adoptée, il y aurait opposition et conflit entre le code français et le code des

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. II, p. 360, nos 286-288.

Belges : permettrait-on à des Français placés sous conseil de se marier en Belgique, en vertu de leur statut national? ou la loi territoriale dominerait-elle le statut personnel? Ce que je viens de dire de l'interdiction décide la difficulté. L'ordre d'idées est le même; la question est de savoir s'il y a capacité suffisante pour consentir au mariage, et s'il y a lieu de craindre que la faiblesse d'esprit dégénère en imbécillité chez les enfants. Pour les interdits, le doute est beaucoup plus sérieux; si néanmoins, comme je viens de le dire, le statut territorial qui défend le mariage de l'interdit ne peut être opposé au statut personnel de l'étranger qui le permet dans un intervalle lucide, on doit décider, à plus forte raison, que la loi qui défendrait à des personnes simples d'esprit de se marier sans le consentement de leur conseil, homologué par le tribunal, ne forme pas un statut réel. On peut dire en faveur de cette opinion que la Belgique et la France sont régies depuis bientôt un siècle par un code qui permet aux faibles d'esprit de se marier, sans restriction aucune; des intérêts particuliers ont pu être froissés par une liberté que je trouve excessive; mais il n'en saurait résulter une lésion d'un intérêt social pour la Belgique, ce qui est décisif dans ce débat.

IV. *Les vices de consentement.*

322. D'après le code civil, la violence et l'erreur dans la personne vicient le consentement et donnent lieu à une action en nullité du mariage. Cette nullité n'est que relative; le mariage ne peut être attaqué que par celui des époux dont le consentement n'a pas été libre ou qui a été induit en erreur. La loi permet aux époux de confirmer le mariage en renonçant au droit qu'ils ont d'en demander la nullité (art. 180 et 181). Ces dispositions nous font connaître le caractère de la loi qui exige le consentement libre et éclairé des époux pour la validité du mariage : elle est d'intérêt particulier, sinon la confirmation ne se concevrait pas, car on ne renonce pas à ce qui est d'inté-

rêt général. Dès lors le statut des vices de consentement ne saurait être considéré comme réel.

323. Le conflit, du reste, se présentera rarement, en cette matière, entre les diverses législations, puisque toutes admettent la nécessité du consentement pour le mariage : il ne peut y avoir de contrat sans consentement, et si le consentement est vicié, le contrat aussi sera vicié et partant nul. Cependant les lois, tout en étant d'accord sur le principe, peuvent varier dans les détails. D'après le code Napoléon, il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement (art. 146), ce qui veut dire que le mariage est inexistant. Si la loi personnelle de l'étranger déclarait le mariage simplement nul ou annulable, on lui appliquerait sa loi nationale. On pourrait objecter qu'en déclarant le mariage inexistant, la loi suppose qu'un intérêt social demande que ce mariage ne produise aucun effet. Ce serait très mal raisonner. Le droit de la société est certainement hors de cause dans les contrats d'intérêt pécuniaire, puisque la loi permet aux parties contractantes de déroger aux règles qu'elle établit; elle leur laisse une pleine et entière liberté de faire leurs conventions comme elles jugent à propos (code. Nap., art. 1387), et ces conventions leur tiennent lieu de loi (art. 1134). Toutefois, il y a des conditions requises pour l'existence des conventions. La vente n'existe pas sans prix et sans objet; est-ce à dire que ces conditions, qui à la rigueur peuvent varier d'une législation à l'autre, forment un statut réel? Il ne peut être question d'un statut, en matière de conventions, puisque les contractants sont législateurs. Cela décide la question du consentement dans le mariage : le contrat est-il inexistant ou nul s'il n'y a point de consentement? C'est une difficulté de doctrine et non d'intérêt social, donc la réalité des statuts est hors de cause; l'étranger sera régi par son statut national.

324. Le même conflit peut se présenter pour les vices de consentement. D'après le code Napoléon, le dol ne vicie pas le mariage, à moins qu'il n'en résulte une erreur dans la personne. Si la loi personnelle de l'étranger considérait le dol comme un vice, et donnait l'action en nul-

lité à l'époux trompé, il aurait le droit d'attaquer le mariage, quand même l'union aurait été célébrée en France. On ne pourrait pas lui opposer la loi territoriale, puisque cette loi ne concerne pas les droits de la société. Sans doute, le mariage est d'ordre public, et, en ce sens, d'intérêt général ; mais cela ne prouve pas que les conditions prescrites par la loi soient toutes d'intérêt social ; le texte même du code dit le contraire, car d'une part, il pose comme règle absolue que les particuliers ne peuvent déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6), et d'autre part, il permet à l'époux dont le consentement n'a pas été libre ou qui a été dans l'erreur sur la personne de son conjoint, de renoncer au droit qu'il a de demander la nullité du mariage. Il ne faut pas perdre de vue que le statut national est pour l'étranger un droit; on doit par conséquent lui permettre de l'invoquer dans tous les cas où la société n'a pas un droit certain à lui opposer, un droit dont la lésion compromettrait un de ses intérêts essentiels. Or telle n'est pas la condition du consentement et des vices qui l'entachent.

Cela est certain du dol, que le code civil n'admet même pas comme viciant le consentement : on connaît le vieux proverbe qu'en mariage trompe qui peut. Pourrait-on opposer cet adage à l'étranger qui invoquerait son statut personnel pour demander la nullité du mariage à raison d'un dol dont il aurait été la victime? Non certes ; si le législateur français a voulu mettre le mariage à l'abri d'actions en nullité fondées sur le dol, c'est pour ne pas exposer l'union des époux à être attaquée légèrement ; ce motif est certainement d'ordre public pour le mariage des Français, mais le législateur territorial ne saurait avoir la prétention d'imposer sa sollicitude aux étrangers régis par une autre loi : cela regarde l'intérêt des étrangers et de la société étrangère. Il en serait de même pour les vices de violence et d'erreur qui sont universellement admis comme vices du consentement, sauf des différences dans les détails. Ces variétés dans les diverses législations ne touchent pas au droit de conservation de la société ; je viens d'en dire la raison.

L'erreur peut cependant donner lieu à une grave difficulté. D'après le code Napoléon, l'impuissance n'est pas admise comme cause d'inexistence ou de nullité du mariage : cela est assez généralement admis. Le code italien, au contraire, place l'impuissance parmi les empêchements au mariage, donnant lieu à une action en nullité. Des époux italiens pourraient-ils demander en France la nullité du mariage, en invoquant leur statut national? Il y a quelque doute. On pourrait leur objecter que si la loi française n'admet pas l'impuissance ni par conséquent l'erreur sur l'impuissance comme une cause, soit d'inexistence, soit de nullité du mariage, c'est pour des motifs qui tiennent à l'essence même du mariage. L'union des époux est l'union des âmes, laquelle peut exister malgré l'impuissance, comme elle existe malgré la stérilité, et malgré le grand âge des époux, qui amène aussi l'impuissance. Puis on leur opposerait encore l'incertitude de la preuve; motif qui tient à la distribution de la justice. Ces motifs de douter ont-ils assez de force pour repousser l'action d'un époux étranger fondée sur son statut personnel? Je ne le crois pas. L'union des âmes est une considération morale, qui en théorie joue un grand rôle, mais on ne peut pas même affirmer que ce soit la théorie de la loi. Quant aux difficultés de la preuve, elles regardent le demandeur, et il va sans dire qu'il doit se soumettre, à cet égard, aux lois du pays où le procès est intenté, et aux mauvaises chances qui en résultent pour le succès de sa demande. Ceci écarte une autre objection, la plus grave de toutes, le scandale et l'immoralité de la procédure, autorisée par la loi étrangère : la loi territoriale, en cette matière, est seule applicable, puisque la procédure est une dépendance du droit public (1).

A plus forte raison ne pourrait-on pas repousser l'étranger qui invoquerait son statut personnel pour demander la nullité du mariage à raison de l'erreur sur les qualités morales de son conjoint. La jurisprudence française a toujours repoussé la doctrine professée par quel-

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. II, p. 393, nº 298.

ques auteurs sur les qualités substantielles; le code Napoléon ne considère comme erreur essentielle, donnant lieu à nullité, que l'erreur sur la personne. Si une loi étrangère permettait d'attaquer le mariage pour erreur sur une qualité dite substantielle, on ne pourrait pas opposer à la demande la loi française, à titre de statut réel, intéressant l'existence de la société. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la doctrine des qualités compromet la stabilité du mariage, et la société a certes intérêt à ce que le mariage soit stable, puisqu'il est le fondement de l'ordre social. Sans doute, répondrait le demandeur, mais pour que le mariage soit le fondement de l'ordre moral, il faut que ce soit un vrai mariage ; et dira-t-on qu'il y a mariage quand, croyant épouser une femme vertueuse, j'épouse une prostituée? C'est l'exemple donné par Pothier ; il se prononce néanmoins pour la validité du mariage ; et telle est aussi la doctrine consacrée par la jurisprudence française. Mais on conçoit qu'une loi étrangère soit d'un avis différent. Cette différence de doctrine touche-t-elle à un droit de la société, à son existence et à sa conservation? En droit français personne n'oserait le soutenir, puisque la doctrine même est controversée (1).

V. *La femme veuve ou divorcée.*

325. D'après le code Napoléon (art. 228) la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent. C'est un empêchement prohibitif, qui n'entraîne pas la nullité du mariage s'il était contracté, malgré la prohibition. Cela marque le caractère de la loi, elle est d'intérêt privé, quoique le mariage soit d'ordre public. Le premier mari ou ses héritiers sont seuls intéressés à prévenir la confusion de part, qui rendrait incertaine la paternité de l'enfant. Quand il naît un enfant dans les délais qui déterminent la durée de la grossesse, il en peut résulter un débat très difficile à vider, si, d'après les présomptions

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. II, p. 375, n° 292.

établies par la loi, l'enfant pouvait appartenir au premier lit et au second mariage. Mais ce débat est d'intérêt privé, il faut donc en abandonner la décision aux lois nationales des parties (1).

326. La divorce produit des empêchements au mariage. Comme ils tiennent aux diverses causes de divorce, il vaut mieux traiter cette matière au titre qui y est consacré. Telle est aussi la classification du code.

VI. *Les dispenses.*

327. Une circulaire ministérielle du 10 mai 1824 dispose que les étrangers qui se marient en France sont soumis, comme les sujets du roi, à la nécessité d'obtenir des dispenses dans les cas déterminés par le code, quand même les lois de leur pays ne leur imposeraient pas cette obligation. La circulaire se fonde sur ce que le mariage est régi, quant à ses *formes*, par la loi du *pays* où le *mariage* est *célébré*. Une autre circulaire du 29 avril 1832 invoque l'*ordre public* et les *bonnes mœurs* pour soumettre les étrangers aux *lois* qui exigent une *dispense d'âge* (2).

La première circulaire applique la loi territoriale à tous les cas où il y a lieu à une dispense, en invoquant l'adage traditionnel *Locus regit actum*. Il n'y a rien de plus funeste, dans notre science, que les formules générales, qui confondent nécessairement les divers ordres d'idées. Je viens d'en donner la preuve en examinant les conditions requises pour pouvoir contracter mariage. Si l'on appliquait à toutes ces conditions un seul et même principe, on aboutirait nécessairement à l'erreur. Il faut pénétrer jusqu'à la moelle des lois pour en déterminer le caractère essentiel; voilà pourquoi j'ai examiné une à une les conditions prescrites pour le mariage par le code Napoléon. Le résultat de cet examen a été qu'il faut distinguer : il y a des conditions qui forment un statut réel, en ce sens que la loi territoriale domine la loi nationale de l'étran-

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. II, p. 476, n° 363.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. II, p. 133, n° 90.

ger : il y en a d'autres qui sont d'intérêt privé plutôt que d'intérêt social, et que l'on doit par conséquent abandonner au statut personnel des parties.

328. Si la circulaire de 1824 avait procédé ainsi, elle n'aurait pas confondu toutes les dispenses dont il est fait mention dans le code civil, en décidant que toutes sont régies par la loi française. L'adage *Locus regit actum* se rapporte exclusivement aux formes extrinsèques, donc, en matière de mariage, aux solennités de la célébration et à la rédaction de l'acte qui la constate. Il n'est pas question d'une dispense en cette matière. C'est seulement pour les deux publications que la loi exige avant la célébration du mariage, que l'article 169 dispose qu'il est loisible à l'empereur ou aux officiers par lui préposés à cet effet de dispenser, pour des causes graves, de la seconde publication. Les étrangers qui se marient en France ne pourraient pas invoquer leur statut personnel, s'ils se contentaient d'une seule publication, car les publications tiennent à la publicité que le mariage doit recevoir en France, elles sont donc essentiellement territoriales, et forment en ce sens un statut réel qui oblige tous ceux qui habitent le territoire. La circulaire se trompe donc en se fondant sur l'adage *Locus regit actum*; on n'a jamais considéré la publicité comme une forme extrinsèque des actes qui doivent être rendus publics; si elle constitue un statut réel, c'est parce que l'intérêt des tiers est en jeu, et il en résulte que la publicité est d'intérêt général.

329. Il y a d'autres dispenses. D'abord celle d'âge. L'étranger mineur de quinze ou de dix-huit ans doit-il avoir une dispense d'âge en France si, d'après la loi de son pays, il peut se marier à douze ou à quatorze ans? La circulaire de 1832 décide la question affirmativement en invoquant l'*ordre public* et les *bonnes mœurs*. Si toute loi qui intéresse l'*ordre public* et les *bonnes mœurs* est réelle, en ce sens qu'elle oblige les étrangers, il faut dire qu'ils sont soumis à la loi française pour toutes les conditions de leur mariage, et il faut encore ajouter les lois qui en règlent les effets, car le mariage est d'ordre public, puisqu'il détermine l'état des époux, la puissance maritale

et la puissance paternelle; et qui oserait nier que le mariage concerne les bonnes mœurs, alors que tout le monde admet qu'il est le fondement de l'ordre moral? Je dirai plus loin que telle est la théorie du code italien, et la circulaire de 1832 y aboutit logiquement. La conséquence témoigne contre le principe. Les lois qui prescrivent la condition d'âge, par exemple, sont essentiellement personnelles, puisque, dans la théorie du code Napoléon, et l'on peut dire dans toutes les législations, on a égard surtout à la puberté, et la puberté dépend des conditions de climat et de toutes les circonstances locales qui déterminent la nationalité. Le législateur français dira-t-il à la femme pubère à douze ans qu'elle a besoin d'une dispense pour se marier à cet âge? La femme lui répondrait : « La nature m'a donné mieux qu'une dispense, elle m'a rendue pubère, et je n'ai pas besoin de votre dispense pour le devenir, ou pour constater que je le suis : les lois de mon pays se sont chargées de ce soin, et elles sont plus compétentes que vous pour régler ce qu'elles seules peuvent savoir. »

330. Il y a encore lieu à dispense pour lever certaines prohibitions résultant de la parenté ou de l'alliance entre oncle et nièce, tante et neveu, beau-frère et belle-sœur. L'étranger est-il soumis à ces dispenses si, d'après la loi de son pays, lesdites prohibitions n'existent point? Il en est ainsi chez nos proches voisins, les Allemands; la loi de l'empire de 1875 n'établit pas ces empêchements, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'en dispenser. Faudra-t-il néanmoins que les Allemands qui se marient en France obtiennent une dispense? C'est demander si la prohibition et la dispense qui en peut être accordée intéressent l'existence et la conservation de la société? J'ai déjà répondu à la question (n°s 294-298). La loi allemande confirme les principes que j'ai posés et la distinction que Montesquieu a faite entre l'inceste naturel et l'inceste civil. Des prohibitions qui peuvent être levées par une dispense ne constituent pas un inceste; on peut soutenir qu'elles doivent disparaître, et, à mon avis, la loi de l'empire a bien fait de les abolir, dès lors on ne saurait affirmer qu'elles tiennent à la mora-

lité publique, et qu'à ce titre elles obligent les étrangers. Toutefois je doute que cette opinion soit admise en France : si l'on y observe la circulaire de 1832 sur la dispense d'âge, laquelle n'a aucune raison d'être pour les étrangers, on leur appliquera, à plus forte raison, la loi qui exige une dispense en matière de parenté et d'alliance. Mais les circulaires ne sont pas des lois, et les tribunaux ne sont liés que par la loi. Il importe donc d'établir les vrais principes : le juge a le droit et le devoir de les appliquer malgré les circulaires.

N° 4. DES EMPÊCHEMENTS QUI RÉSULTENT DE LA RELIGION.

331. Le code Napoléon ne parle pas de ces empêchements. Dans l'ancien droit, on les considérait comme attachés à la personne, de sorte que ceux qui, pour un motif de religion, étaient incapables de se marier étaient incapables partout; et, d'un autre côté, ces incapacités religieuses formaient un statut réel en ce sens que la loi du territoire frappait les étrangers quand même leur loi personnelle les aurait déclarés capables. Paul Voet a sur ces questions un chapitre où l'intolérance chrétienne perce dans chaque ligne, dans chaque mot. Le légiste hollandais approuve la loi qui défend d'épouser une femme d'une autre secte ou confession. Les autorités ne lui manquent point, à commencer par la Bible, une loi révélée; les Pères de l'Eglise abondent dans ces idées, et les réformés se montrèrent aussi intolérants que les catholiques, comme s'ils voulaient prouver que l'étroitesse d'esprit et de cœur est chrétienne en prenant le christianisme de Jésus-Christ tel que l'Eglise l'a altéré et vicié (1).

Il y a un publiciste réformé qui jouit d'une grande réputation dans la science du droit international; mais Vattel reste attaché au christianisme traditionnel; cela suffit pour rendre l'intolérance incurable. « Rien n'empêche, dit-il, les étrangers de se marier. Mais s'il se trouve que ces mariages soient nuisibles ou dangereux à une

(1) Voet, *De Statutis*, p. 157, n° 3, édition de Bruxelles, 1715.

nation, elle est en droit, et même dans l'obligation de les défendre ou d'en attacher la permission à certaines conditions. Et comme c'est à elle ou à son souverain de déterminer ce qu'il croit être du bien de l'Etat, les autres nations doivent acquiescer à ce qu'il statue à cet égard. *Il est défendu presque partout* aux citoyens d'épouser une étrangère de religion différente (1). » Cette prohibition s'étend naturellement aux mariages que des étrangers de religion différente voudraient contracter en France. Je dis mal ; dans l'ancienne France, il n'y avait de mariage que pour les catholiques ; les réformés n'avaient pas d'état civil ; pour se marier ils devaient apostasier. Voilà l'abîme d'intolérance auquel aboutit le christianisme orthodoxe ; et pour lui donner force obligatoire, l'Etat se faisait le complice de l'Eglise. et l'on admettait que l'Etat exerçait une souveraineté absolue, illimitée !

332. Vattel intitule son Traité sur le droit des gens : « Principes de la *loi naturelle* appliqués à la conduite des affaires des nations et des souverains. » Ainsi on rendait la *nature* et, par conséquent, Dieu même complice de ces aberrations ! Et pour éterniser l'erreur, on déclarait le droit naturel et le droit divin immuables. Heureusement que l'humanité se joue de cette prétendue vérité éternelle, elle secoue les chaînes qu'on veut lui mettre, et elle avance, sous la loi du progrès, vers l'accomplissement de sa destinée. Le christianisme lui-même obéit à cette loi ; sauf les momies romaines, les chrétiens changent de sentiments et d'idées avec le temps où ils vivent. Il y en a un témoignage intéressant dans la matière du mariage qui fait l'objet de cette Etude. Les légistes américains ne parlent pas du mariage sans le qualifier de chrétien, mais leur christianisme n'a plus rien de commun que le nom avec le christianisme de Paul Voet et de Vattel, qu'ils aiment cependant à citer. Story, après avoir cité les opinions que je viens de rapporter, s'empresse de les répudier ; il va jusqu'à les traiter d'odieuses. Toutefois il semble mettre quelques restrictions dans l'application.

(1) Vattel, le *Droit des gens*, liv. II, chap. 8, nº 115.

Un mariage entre chrétiens de sectes diverses serait-il nul si les parties ou l'une d'elles étaient étrangères? Story n'accepte pas la doctrine des vieux légistes; il valide le mariage, surtout si l'une des parties était citoyen ou sujet de l'Etat (1). N'en faudrait-il pas dire autant si les deux parties étaient étrangères? Dans la doctrine américaine, on n'admet point le statut personnel; c'est la loi du lieu où le mariage est contracté qui décide de sa validité. Et quand même les étrangers seraient régis par leur statut national, n'est-ce pas le cas d'appliquer le principe que le statut personnel est dominé par le statut territorial lorsqu'un droit essentiel de la société est engagé dans le débat? Et peut-il y avoir un plus grand intérêt pour la société que la liberté religieuse, et, par suite, l'égalité religieuse des hommes? Que deviendraient les Etats-Unis, où les sectes pullulent, si le mariage était prohibé entre les personnes appartenant à des sectes différentes? Ce serait créer et perpétuer entre les diverses sectes la division et la haine et déchirer la patrie commune en petites sociétés ennemies, hostiles; Il est certain que là où le mariage est sécularisé comme en France et en Belgique, on ne tiendrait aucun compte de la loi étrangère qui prohiberait le mariage pour cause de religion; car la sécularisation de l'ordre civil est la garantie de l'indépendance et de la souveraineté de l'Etat, et s'il y a un droit essentiel de la société, c'est celui-là, puisque son existence même est en jeu.

333. Il faut appliquer les mêmes principes au mariage d'un moine étranger qui, en vertu de son statut personnel, serait frappé de mort civile et, partant, incapable de contracter mariage. D'après notre Constitution il est certain que le mariage serait valable. D'abord elle établit la liberté religieuse la plus absolue, elle permet à tout homme, citoyen ou étranger, non seulement de professer telle religion qu'il veut, mais encore de n'en professer aucune. Il suit de là que le moine peut abdiquer en Belgique la religion en vertu de laquelle il a fait ses vœux

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 118, § 95.

et est mort au monde; il n'y a plus de vœux, la révolution les a abolis, et notre Constitution ignore qu'il y ait des moines, il n'y en a plus aux yeux de la loi. Cela est décisif dans notre débat. Il y a un autre principe de notre Constitution qui conduit à la même conséquence, c'est la sécularisation complète de l'ordre civil, et l'indépendance, la séparation de l'Etat et de l'Eglise. On peut contester la portée de ce principe et ses conséquences, mais, en ce qui concerne le mariage, le doute n'est pas possible, puisque la Constitution a prononcé. Le mariage civil est indépendant du mariage religieux; il faut dire plus; en cette matière, l'ordre civil domine l'ordre religieux, le mariage religieux est subordonné au mariage civil; or, devant l'officier de l'état civil, il n'y a plus de moines, sans qu'il y ait à distinguer entre les Belges et les étrangers. Le statut personnel ne peut être opposé au moine étranger, car la séparation de l'ordre civil et de l'ordre religieux, et la prédominance de l'ordre civil sont des principes constitutionnels, donc la sécularisation absolue du mariage est de droit public, partant, le statut territorial domine le statut personnel. Enfin, notre Constitution abolit la mort civile sans distinguer pour quelles causes elle est encourue : c'est encore un principe constitutionnel, partant de droit public, qui l'emporte sur tout statut personnel qui lui serait contraire.

La jurisprudence et la doctrine françaises sont contraires. Un Espagnol, capucin et diacre, s'était marié avec une Française en ayant soin de cacher son état. Sa femme demanda la nullité du mariage en vertu de la loi espagnole; la cour de Paris la prononça. Il ne peut y avoir de mariage, dit-elle, qu'entre personnes capables de se marier; or, cette capacité, comme tout ce qui intéresse l'état, se règle par le statut personnel qui affecte la personne et la suit partout. Le moine espagnol, incapable d'après sa loi personnelle, reste incapable en France; la fuite d'un *apostat* sur le sol étranger ne peut lui donner une capacité que les lois de son pays lui refusent (1). Cela

1) Paris, 16 mai 1846 (Dalloz, 1847, 2, 33).

est incontestable tant que l'on reste sur le terrain du statut personnel. Mais la cour oublie que la loi territoriale, dans l'espèce, ne reconnaissait plus de vœux perpétuels, qu'il n'y a plus de moines aux yeux de la loi française. N'est-ce pas là un de ces statuts réels qui dominent le statut personnel, parce que les droits de la société sont engagés dans le débat? Chose singulière, la cour ne soulève pas même ce doute; elle semble ignorer que dans le conflit entre le statut personnel et le statut réel, dans le sens que le statut réel a en matière de mariage, le statut réel l'emporte (n°s 283 et 284). Si la cour avait examiné la nature du statut territorial, dans l'espèce, elle n'aurait pas prononcé le mot d'*apostat;* ignorait-elle que l'apostasie est devenue un droit, et que, partant, il n'y a plus d'apostats, de même qu'il n'y a plus de moines, plus de vœux perpétuels. Et la loi qui a aboli le monachisme en France n'est-elle pas une de ces lois qui tiennent à l'existence même de la société? Les vœux perpétuels ont été abolis parce qu'ils sont contraires à la liberté de l'homme: y a-t-il un principe plus essentiel que la liberté? et ce principe ne domine-t-il pas la loi de servitude que la cour oppose au moine étranger? La cour de Paris aurait certainement validé le mariage d'un esclave qui se serait réfugié en France; cependant sa loi personnelle lui interdit aussi de se marier. Eh bien, le moine est un esclave en vertu de sa loi nationale; en mettant les pieds sur le sol français, ses fers tombent, il n'est plus un moine, il redevient homme, et il jouit des droits de l'homme que la Déclaration de 1789 a proclamés inaliénables; et c'est en vertu de cette Déclaration que les vœux perpétuels ont été abolis. Ne sont-ce pas là des caractères qui distinguent les statuts que l'on nomme réels en cette matière, parce qu'ils concernent un droit essentiel de l'Etat? La question valait bien la peine d'être discutée, et la cour de Paris n'en dit pas un mot.

Story se prononce aussi en faveur de la validité du mariage qu'un moine ou une religieuse étrangers contracterait aux Etats-Unis, surtout, dit-il, si le conjoint était Américain, ou au moins domicilié dans un des Etats de

l'Union, et s'il pouvait invoquer, à ce titre, la protection de la loi territoriale (1). L'argumentation est très faible : cela tient au système des légistes anglo-américains ; ils n'admettent pas notre théorie des statuts, et, par suite, ils manquent de principes certains en cette matière.

334. Story applique la même décision au cas où un prêtre catholique contracterait mariage aux Etats-Unis. La validité du mariage ne serait pas douteuse d'après la Constitution belge. Dans les discussions du Congrès sur le projet de Constitution, la question a été prévue et décidée en ce sens par M. Nothomb, grand partisan du principe de la séparation de l'Eglise et de l'Etat. Une conséquence certaine de ce principe, c'est qu'aux yeux de la loi il n'y a plus de ministres du culte ; le *prêtre*, dit M. Nothomb, n'est plus qu'un *individu;* il en conclut que la prêtrise n'est plus un empêchement au mariage (2). Cette proposition n'a pas été contredite. De fait, les prêtres se marient en Belgique, bien entendu devant l'officier de l'état civil ; si parfois il y a opposition à ces mariages, les tribunaux en accordent toujours mainlevée. Il va sans dire qu'il en serait de même des prêtres étrangers ; la loi qui permet le mariage civil aux prêtres est une loi constitutionnelle, et le droit public domine le statut personnel de l'étranger.

En France, la jurisprudence s'est prononcée contre la validité du mariage des prêtres catholiques. Je dois m'arrêter à cette controverse, parce que la doctrine française donne lieu à des conflits internationaux. On sait les longs débats qui ont eu lieu dans l'affaire Dumonteil ; je vais citer les arrêts, ils sont d'une faiblesse extrême. Le premier est de la cour de Paris rendu sous la restauration ; chose affligeante à dire, les magistrats plient sous l'empire des faits, peut-être faudrait-il dire qu'il y a des gouvernements qui ont soin de les choisir parmi les âmes basses et serviles. Ces paroles sont dures ; le lecteur jugera si elles sont méritées. D'après la charte de 1814, chacun

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 117, § 94.
(2) Voy. mes *Principes de droit civil*, t. II, p. 479. n° 369.

avait le droit de professer sa religion avec une égale liberté. Comment la cour interprète-t-elle cette liberté? Chacun est réputé professer la religion dans laquelle il est né, et il est censé en pratiquer le culte; il n'est pas permis aux Français de se présenter comme n'appartenant à aucune religion et comme étranger à tout culte en se plaçant ouvertement hors de toute croyance. La cour s'est-elle demandé ce que c'est que la religion et la liberté religieuse? Peut-il y avoir une religion imposée par la loi? La liberté n'est-elle pas de l'essence du lien qui attache la créature au Créateur? Je suis né dans le catholicisme, et l'on m'a inculqué, dès mon enfance, cette funeste conviction qu'en dehors de l'Eglise romaine il n'y a pas de religion; je cesse de croire à des dogmes impossibles, et j'en conclus que toute religion est erreur, superstition, supercherie saccerdotale : je répudie toute croyance religieuse. Prêtre, je déclare abdiquer ma foi, j'apostasie. J'en ai le droit et le devoir, car le premier devoir de l'homme est d'obéir à sa conscience éclairée par la raison. Et la cour viendra me dire : « Vous êtes né catholique et vous resterez catholique, obligé d'adorer ce que vous méprisez; vous êtes prêtre et vous resterez prêtre, esclave de l'Eglise que vous avez désertée. Vous ne croyez plus à ses dogmes. Qu'importe? vous êtes *censé* croire. Vous ne pratiquez plus le culte catholique. Qu'importe? vous êtes *censé* le pratiquer. » Ainsi la religion devient une fiction légale, une comédie sacrilége! La conclusion est que Dumonteil ne pouvait se marier « en vertu des canons admis en France par la puissance ecclésiastique et sanctionnés par la jurisprudence civile (1) »!

La cour de cassation s'est rendu la tâche plus facile; dans un arrêt de deux lignes, elle rejette le pourvoi, bien que Dupin, le procureur général, eût conclu à l'admission : « Attendu qu'il résulte des articles 6 et 26 de la loi organique du concordat de germinal an x, que les prêtres catholiques sont soumis aux canons qui, alors, étaient reçus en France, et, par conséquent, à ceux qui prohi-

(1) Paris, 27 décembre 1828 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Culte*, n° 116, t. XIV, p. 751).

baient le mariage aux ecclésiastiques engagés dans les ordres sacrés. Attendu que le code civil et la charte ne renferment aucune dérogation à cette loi spéciale (1). » Merlin avait d'avance réfuté cette argumentation (2); Dupin fit valoir ses raisons; il fallait au moins y répondre : en n'y répondant point, la cour fait naître le soupçon qu'elle n'avait pas de réponse solide à y faire. Un arrêt récent de la chambre des requêtes a reproduit à la lettre, en le copiant, celui de 1833. La cour de cassation dit et répète que les canons concernant le mariage des prêtres ont force de loi en France. Elle n'oublie qu'une chose, c'est de prouver son affirmation. A une affirmation qui, par elle-même, n'a aucune valeur, j'oppose l'autorité de Merlin, pour mieux dire, l'autorité du texte et de l'esprit de la loi.

Le droit canonique considérait les ordres comme un empêchement dirimant; et par suite de l'union qui, dans l'ancien régime, existait entre l'Etat et l'Eglise, les canons des conciles devinrent des lois civiles : « Quiconque, dit Talon, sert à l'autel est incapable du mariage. L'opinion contraire à cette maxime est *hérésie* dans un *royaume très chrétien,* et l'action contraire est un *crime capital* selon nos mœurs. » Tel est le droit canonique que la cour de cassation invoque dans son arrêt de 1878! Il suffirait des paroles de Talon pour condamner sa décision. Est-ce que la France républicaine est encore un *royaume très chrétien?* Est-ce que les canons de l'Eglise y ont toujours force de loi? Est-ce que l'*hérésie* y est toujours un *crime capital?* Les magistrats qui ont rendu l'arrêt de 1878 oublient qu'il y a eu une révolution; elle a mis fin pour toujours au royaume très chrétien, et les lois qu'elle a portées subsistent. Un décret du 19 février 1790, reproduit par la Constitution de 1791, déclare que la loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels. C'était dire que l'engagement contracté par les prêtres, lors de leur

(1) Rejet, 21 février 1833 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Culte*, n° 116, t XIV, p. 751.)

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Célibat*, n° 3.

ordination, de vivre dans la continence, ne serait plus rien désormais aux yeux de la loi civile. Aussi la loi du 20 septembre 1792 ne place-t-elle pas la prêtrise parmi les empêchements au mariage. Plusieurs décrets furent rendus en ce sens par la Convention nationale; je me borne à citer celui du 19 juillet 1793, lequel condamna à la déportation les évêques qui apporteraient directement ou indirectement obstacle au mariage des prêtres.

Le concordat, en restaurant le catholicisme, rétablit-il l'empêchement légal résultant de la prêtrise? La cour de cassation cite la loi organique du concordat. L'article 6 qu'elle invoque parle de l'*appel comme d'abus*. Voudrait-on bien me dire ce que l'*appel comme d'abus* a de commun avec le mariage des prêtres? La loi organique a voulu garantir l'indépendance la plus complète de l'Etat en face de l'Eglise et la suprématie de l'ordre civil sur l'ordre religieux. Cela ne saurait être contesté; on n'a qu'à lire l'exposé des motifs de Portalis, le négociateur du concordat, pour s'en convaincre : et l'on veut que l'appel comme d'abus, qui devait réprimer les abus de l'Eglise, rétablisse les canons sur le mariage des prêtres! Il est vrai que le mot *canons* se trouve dans l'article 6 : « Il y aura recours au conseil d'Etat dans tous les cas d'*abus* de la part des *supérieurs* et *autres personnes ecclésiastiques*. » Voilà le but : faut-il demander où il y a *abus* de la puissance ecclésiastique quand un prêtre se marie? La question n'a pas de sens. L'article 6 énumère ensuite les cas d'abus : « l'usurpation ou l'excès de pouvoir, la contravention aux lois et règlements de la république, l'infraction des *règles* consacrées par les *canons reçus en France*. » Quels sont ces *canons?* Ceux dont la violation constituerait un *abus*. Est-ce que le mariage d'un prêtre, prohibé par les canons, est un abus de la puissance ecclésiastique, et cet abus doit-il être porté devant le conseil d'Etat, lequel déclarerait qu'il y a abus dans ledit mariage? Encore une fois la question n'a pas de sens. Si les lois organiques prohibaient le mariage des prêtres, l'infraction ne constituerait pas un abus dont le conseil d'Etat serait appelé à connaître, elle donnerait

lieu à une action en nullité qui serait de la compétence des tribunaux ordinaires. Il est donc absurde de chercher dans l'article 6, réglant l'appel comme d'abus, une prohibition de mariage qui n'a absolument rien de commun avec l'appel comme d'abus.

La cour de cassation cite encore l'article 26, qui est ainsi conçu : « Les évêques ne pourront ordonner aucun ecclésiastique, s'il ne jouit d'une propriété produisant au moins un revenu annuel de 300 francs, s'il n'a atteint l'âge de vingt-cinq ans, et *s'il ne réunit les qualités requises par les canons reçus en France.* » En lisant cette disposition on comprend le laconisme de la cour de cassation : si elle avait cité le texte et si elle avait essayé d'en faire l'application au mariage, son argumentation aurait été nécessairement, je ne dis pas absurde, mais ridicule. Quoi ! Il y a des *canons* reçus en France qui exigent certaines *qualités* de ceux qui veulent devenir prêtres ; la loi organique défend aux évêques d'ordonner ceux qui ne réunissent pas ces *qualités*. Cela veut dire, d'après l'interprétation de la cour : les prêtres ne peuvent pas se marier!

Pour le coup, l'interprétation mise en regard du texte prouve une chose, c'est que la cour a lu dans le texte ce qui certainement n'y est point. Le mot *canons* y est, comme il se trouve dans l'article 6 : mais s'agit-il du canon qui prohibe le mariage des prêtres ? cette prohibition est-elle une *qualité?* Il ne peut être question d'un canon qui défend aux prêtres de se marier lorsqu'ils sont prêtres ; les *qualités* comme toutes les *conditions* concernent le moment de l'ordination, tandis que la prohibition du mariage concerne le prêtre ordonné : la cour confond donc deux situations essentiellement différentes, celle du futur prêtre et celle du prêtre ordonné.

Voilà les textes qui, selon la cour de cassation, ont maintenu les canons sur le mariage des prêtres. Quand le sens d'une loi est douteux, on recourt aux travaux préparatoires qui en expliquent l'esprit. Portalis a exposé les motifs des lois organiques : il a été le négociateur du Concordat, il a pris la part principale à la rédaction des

lois organiques. Qui mieux que lui peut savoir ce que le législateur a voulu dire? Eh bien, Portalis l'a dit : « Pour les ministres que nous conservons, la défense qui leur est faite du mariage par les *règlements ecclésiastiques* n'est pas consacrée comme *empêchement dirimant* dans l'*ordre civil*. Ainsi leur mariage, s'ils en contractaient un, ne serait pas nul aux yeux des lois politiques et civiles, et les enfants qui en naîtraient seraient légitimes. » Voilà l'esprit de la loi organique, et il est aussi clair que le texte, c'est que les *règlements ecclésiastiques* n'ont plus aucune autorité civile. Et la raison en est bien simple; c'est que les lois de la révolution qui abolissent les vœux perpétuels étaient toujours en vigueur; et ces lois tenaient au nouveau droit public de la France. En permettant le mariage même aux prêtres, elles entendaient consacrer un droit inaliénable de l'homme. En sécularisant le mariage et tout l'ordre civil, la révolution voulait aussi assurer la suprématie de l'Etat sur l'Eglise et son indépendance la plus complète. Napoléon ne songeait certes pas à remettre l'Etat et l'ordre civil sous la dépendance de l'Eglise et de l'ordre religieux.

La cour de cassation est la gardienne des lois, et, avant tout, du droit public; elle a oublié sa mission pour se faire le ministre de l'Eglise et de ses canons. Mais on dirait que, honteuse du rôle que les jésuites lui imposent, elle garde le silence. Dans le dernier procès, le conseiller rapporteur et l'avocat général ont essayé de justifier la jurisprudence de la cour en répondant à Portalis; la justification a tourné à la confusion de ceux qui l'ont tentée. « Ce qu'il ne faut pas oublier, dit le conseiller Lepelletier, ce sont les circonstances dans lesquelles parlait Portalis, et la situation religieuse du pays devant lequel il tenait ce langage. Le concordat était reçu par l'opinion publique avec défaveur. On criait à la contre-révolution, on réclamait la liberté des cultes. Le clergé constitutionnel se croyait menacé La presse révolutionnaire combattait avec ardeur et violence le projet de loi. *Pour le faire accepter, Portalis dut en atténuer la portée et mettre dans son langage, comme négociateur, des concessions que le législa-*

teur n'accordait point. Mais le *texte* de la *loi* était *clair*. Les *canons de l'Eglise*, reçus en France en 1789, reprenaient leur *autorité disciplinaire sur le clergé* (1). » Qu'est-ce à dire? Le texte rétablit les canons qui défendent aux prêtres de se marier, et Portalis, l'orateur du gouvernement, dans l'Exposé des motifs, dit que le mariage du prêtre sera valable aux yeux de la loi civile, ce qui implique que les canons ne sont pas rétablis. Portalis disait donc le contraire de la vérité ; cela s'appelle, dans le langage jésuitique, *atténuer la portée de la loi*. C'est une *concession* que l'orateur fait aux passions révolutionnaires pour faire accepter le projet de loi ; mais la concession n'est que dans le *langage*, Portalis le savait, puisque le *texte* de la *loi* était *clair;* il voulait donc tromper le Corps législatif, et il le trompait en disant le contraire de la vérité : cela s'appelle une restriction mentale dans la morale des jésuites, et dans la morale éternelle, cela s'appelle un mensonge. Comment un magistrat a-t-il osé adresser une imputation pareille à Portalis, homme sincèrement catholique? Il faut ajouter que l'imputation n'a point de sens, car elle suppose que le Corps législatif était composé de niais : conçoit-on qu'au nom du gouvernement on vienne dire à une assemblée législative que le mariage des prêtres est valable, quand le texte de la loi dit *clairement* le contraire? On veut faire de Portalis un jésuite ; on ne s'aperçoit pas qu'on ferait de lui un très malhabile disciple de Loyola. Il faut être élevé dans la funeste morale du jésuitisme pour la pratiquer : les cadavres n'ont plus de conscience!

Ecoutons maintenant l'avocat général Robinet de Cléry : « Portalis, dit-il, était certainement un grand jurisconsulte, mais, dans les négociations relatives au concordat, *il a été surtout homme politique*, et, comme tel, il faut bien le reconnaître, il a souvent varié (2). » On me permettra d'ajouter un petit commentaire au texte. Un ministre disait : « Nous autres hommes politiques, nous

(1) Dalloz, *Recueil périodique*, 1878, t. II, p. 115.
(2) Dalloz, *Répertoire*, 1878, 1, 317.

ne disons pas ce que nous pensons, et il nous arrive même de dire le contraire de ce que nous pensons. » Dire que Portalis était un homme politique, c'est dire, en d'autres termes, qu'il était un jésuite. Il a souvent varié, dit-on. Son langage peut-être ; mais puisqu'il était un grand jurisconsulte, il devait savoir que la loi était claire, et qu'en disant que les canons sur la prohibition du mariage étaient abolis, il faisait dire à la loi le contraire de ce qu'elle dit. Qu'importe après tout que Portalis ait été hostile au mariage des prêtres, comme ministre des cultes en 1806 ? Nous sommes en l'an XI, devant le Corps législatif : Portalis parle comme orateur du gouvernement, il expose les motifs des lois organiques du concordat ; là se trouve son opinion officielle, et c'est cette opinion que le Corps législatif a entendu consacrer, donc il a consacré implicitement la validité du mariage des prêtres. Sans doute, si la loi disait le contraire, elle l'emporterait sur le discours de Portalis ; mais la loi est si peu claire en ce sens, que je n'hésite pas à dire que les *canons* dont elle parle n'ont rien de commun avec le mariage des prêtres. Ce qui paraît clair au conseiller rapporteur est pour moi une contre-vérité. Dans ce conflit d'opinions contradictoires, ne faut-il pas consulter l'esprit de la loi, c'est-à-dire les travaux préparatoires, donc l'Exposé des motifs ?

C'est encore Portalis qui a exposé les motifs du titre du Mariage. Il n'était plus question du concordat, ni de la loi organique ; et il eût été tout à fait inutile de déguiser la vérité pour faire adopter le projet de loi, car le Tribunat mutilé et le Corps législatif épuré votaient comme une machine tout ce que le gouvernement leur proposait. Que dit Portalis dans son discours ? Il commence par proclamer l'indépendance absolue de la loi civile en face de l'Eglise ; sur ce principe il n'a jamais varié, et il suffit pour décider la question du mariage des prêtres : « D'après ce principe, dit-il, l'engagement dans les ordres sacrés, le vœu monastique et la disparité de culte qui, dans l'ancienne jurisprudence, étaient des empêchements dirimants, ne le sont plus. Ils ne l'étaient devenus que par

les lois civiles qui avaient sanctionné les règlements ecclésiastiques. Ils ont cessé de l'être depuis que la liberté de conscience est devenue elle-même une loi de l'Etat (1). »

335. Les paroles de Portalis ont donné lieu à une nouvelle difficulté, qui réellement n'en est pas une. Comme Portalis parle d'un empêchement *dirimant*, Aubry et Rau ont conclu que la prêtrise formait un empêchement prohibitif (2). Il y a, dans les rapports de Portalis sur les affaires ecclésiastiques, des paroles qui viennent à l'appui de cette distinction. Mais, pour le moment, il s'agit d'interpréter les discours qu'il a prononcés comme orateur du gouvernement, en exposant les motifs de la loi organique et du code civil. Or, en vertu de quel principe Portalis soutient-il que la prêtrise ne forme plus un empêchement dirimant? Au nom de l'indépendance absolue de la loi civile en face de l'Eglise. Est-ce que l'indépendance de l'Etat exige seulement que l'empêchement ne soit pas dirimant, bien qu'il soit prohibitif? La distinction n'a point de sens quand on part du principe de Portalis. L'indépendance de la loi civile en cette matière veut dire que les règlements ecclésiastiques sur le mariage des prêtres n'ont plus aucun effet civil. Et l'on veut qu'ils aient un effet civil en tant qu'il serait défendu aux officiers publics de célébrer le mariage des prêtres! Ce serait une étrange *indépendance* que celle qui rendrait l'Etat *dépendant* des canons de l'Eglise. Et ce serait une *liberté de conscience* tout aussi étrange. La loi dirait au prêtre : « En vertu de la liberté de conscience, votre mariage sera valable, mais je défends à tous les officiers de l'état civil de le célébrer, et vous n'en trouverez aucun en France qui osera le faire. » La doctrine d'Aubry et Rau conduit à d'autres conséquences plus absurdes encore. Portalis dit que la *disparité de cultes*, qui dans l'ancienne jurisprudence était un empêchement *dirimant*, a cessé de l'être. En faudra-t-il conclure que la *disparité de cultes* forme

(1) Portalis, *Exposé des motifs*, n° 27 (Locré, t. II, p. 386).
(2) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. Ier, § 69, p.

un empêchement prohibitif? En vérité, cela n'a pas de sens! La liberté religieuse ne doit pas s'interpréter à la façon des jésuites.

336. Il est temps de conclure. La jurisprudence française est si unanime, qu'il faut presque désespérer de la voir changer. Toutefois, il importe de remarquer que les arrêts de la cour de cassation ont été rendus par la chambre des requêtes; la chambre civile n'a point parlé, bien moins encore les chambres réunies. Et eussent-elles parlé, la doctrine ne doit pas plier devant les arrêts. Comme le disait le président Bouhier, ce sont plutôt les cours qui doivent plier devant la doctrine. Je me place sur le terrain des principes, et je ne tiens aucun compte de la jurisprudence qui les méconnaît.

Un prêtre se marie en Belgique; son mariage est valable, quand même ce serait un prêtre français. Vainement invoquerait-on contre lui son statut personnel; ce statut est dominé en Belgique par une loi de droit public; nos tribunaux ne connaissent plus de prêtres, en ce sens que les prêtres jouissent du droit commun, à titre d'hommes, leur qualité de prêtre ne regarde que le for religieux. La loi belge qui le décide ainsi est la Constitution; c'est dire qu'elle intéresse l'existence de l'Etat, car l'Etat n'existe plus quand il dépend d'une autorité religieuse; et quand l'indépendance de l'ordre civil est engagée dans un débat, le statut personnel cède et n'a plus aucune valeur. On opposerait tout aussi vainement que le mariage célébré en Belgique serait nul en France; c'est un regrettable conflit, mais il ne doit pas empêcher nos tribunaux de maintenir intact le principe de l'indépendance de l'Etat en face de l'Eglise. Enfin, on ne peut pas même se prévaloir contre le prêtre étranger de ce qu'il fraude les lois de son pays; si l'exception lui était opposée, nos tribunaux décideraient que la jurisprudence française n'est pas la loi, et alors même qu'une loi formelle prohiberait le mariage des prêtres en France, cette loi ne formerait qu'un statut personnel, et ce statut est dominé par notre droit public.

En France on jugerait le contraire; c'est un de ces

conflits auxquels donnent lieu les préjugés religieux; il n'y a d'autre remède au mal que l'instruction laïque; quand on livre les générations naissantes aux jésuites, il faut bien s'attendre à ce que les jésuites trônent dons la patrie de Voltaire. Je demande si un mariage contracté en Belgique par un prêtre belge serait reconnu en France. La jurisprudence française, si elle était conséquente, devrait décider que le mariage est nul; elle opposerait au statut personnel du Belge le statut réel de France; à tort, dans mon opinion, puisque la loi française est la nôtre; la liberté religieuse, invoquée par Portalis, règne en France comme en Belgique. Il est vrai que la France est encore soumise au concordat; mais le concordat n'empêche pas l'indépendance de l'ordre civil, ni même sa suprématie sur l'ordre religieux; Portalis a proclamé ces principes avec une grande fermeté dans le discours sur la loi organique. Ainsi, bien loin que le mariage d'un prêtre étranger portât atteinte à l'ordre public en France, il serait un témoignage de la souveraineté de l'Etat en face de l'Eglise; il faut l'aveuglement qu'engendre le catholicisme ultramontain pour que des magistrats, défenseurs des libertés de l'Eglise gallicane, oublient à ce point leur devoir; car, grâce à la Révolution, la liberté religieuse est devenue mieux qu'une liberté de l'Eglise gallicane, elle est un droit politique, un droit de l'homme.

Un prêtre belge pourrait-il se marier en France? Je crains bien qu'il ne trouvât aucun officier de l'état civil qui osât célébrer son mariage. Cependant les ministres protestants se marient dans le royaume très chrétien, sans que l'existence de la France soit compromise. L'officier de l'état civil n'a qu'une chose à voir : quel est le statut personnel de l'étranger qui se présente devant lui; or, le prêtre belge est capable de se marier d'après la Constitution belge. Cela est décisif. Lui opposera-t-on la loi française qui maintient les canons de l'Eglise? Cette loi, en supposant qu'elle ait le sens que lui donne la jurisprudence, n'est pas décisive dans l'espèce. Les prêtres grecs peuvent se marier; dans l'ancien droit, on considérait comme valable en France le mariage d'un prêtre grec

contracté dans son pays (1); logiquement, on aurait dû lui permettre de se marier en France, et on le lui permettrait certainement aujourd'hui, comme on le permet aux ministres protestants. Si les prêtres grecs peuvent se marier en France, sans trouble aucun pour l'ordre public, pourquoi les prêtres belges ne le pourraient-ils pas? Il n'y aurait pas plus de scandale dans un cas que dans l'autre, car ce n'est pas le prêtre qui se marie devant l'officier de l'état civil, c'est l'homme.

N° 5. LE DROIT ÉTRANGER. LE CODE ITALIEN.

337. Je ne connais qu'une loi qui ait prévu les sérieuses difficultés que je viens d'examiner dans cette longue Etude sur le statut réel en matière de mariage, c'est le code d'Italie. L'article 102 commence par établir le principe que la capacité de l'étranger pour contracter mariage est déterminée par la loi du pays auquel il appartient; puis il ajoute : « Néanmoins, l'étranger est aussi soumis aux empêchements énumérés dans la deuxième section du chapitre premier de ce titre. » Ces empêchements sont tous ceux que le code Napoléon établit; non seulement ceux qui sont d'intérêt social, tels que la polygamie et l'inceste, mais aussi ceux qui sont d'intérêt privé, tels que l'âge de quinze et dix-huit ans requis par le code italien (art. 55), les empêchements résultant de l'adoption (art. 59), la défense faite à l'interdit de se marier (art. 61), le consentement des ascendants ou de la famille (art. 63-66); enfin la disposition concernant les dispenses (art. 65). Ainsi, l'étranger qui se marie en Italie est soumis à deux lois, en ce qui concerne les conditions requises pour pouvoir contracter mariage; d'abord à son statut personnel, ensuite à la loi territoriale. Ces deux statuts peuvent se trouver en conflit; c'est alors le statut territorial qui l'emporte. D'après son statut personnel, l'étranger peut se marier à douze ou à quatorze ans; il ne pourra contracter mariage en Italie qu'à l'âge de quinze

(1) Boullenois, *Traité des lois personnelles et réelles*, t. Ier, p. 63.

et de dix-huit ans. Le statut des Etats-Unis permet le mariage sans le consentement des ascendants ; les Américains ne pourront se marier en Italie qu'avec ce consentement. C'est dire, en d'autres termes, que, dans tous les cas, le statut territorial domine le statut personnel de l'étranger.

Quelle est la raison de cette disposition ? Les interprètes italiens sont très embarrassés pour répondre à la question. Pacifici-Mazzoni s'en tient au texte qui est général, et décide que l'étranger est soumis à toutes les conditions imposées aux citoyens, par le motif que ces conditions sont d'ordre public (1). Bianchi recule devant une interprétation qui confond toutes les conditions dans une même règle et les impose à l'étranger, ce qui aboutit à annuler le statut personnel en le subordonnant en tout à la loi italienne ; dans son opinion, comme dans celle que je viens de professer, il faut distinguer entre les diverses conditions, voir quelles sont les dispositions qui forment un statut de droit public auxquelles l'étranger est soumis, et abandonner les autres au statut personnel. Je n'entre pas dans cette controverse. A mon avis, l'interprétation de Pacifici-Mazzoni repose sur une base inébranlable, l'autorité du texte ; il est conçu en termes absolus, et là où la loi ne distingue pas, il n'est pas permis à l'interprète de distinguer. Il le peut d'autant moins, d'après le code italien, que l'article 102 n'est que l'application du principe général établi par l'article 12 ; c'est la mauvaise rédaction de cet article qui a conduit logiquement à la conséquence formulée par l'article 102.

L'article 12 des dispositions générales est ainsi conçu : « Les lois étrangères ne peuvent en aucun cas déroger aux lois prohibitives du royaume concernant les biens, les personnes ou les contrats, ni aux lois qui *intéressent de quelque manière l'ordre public et les bonnes mœurs*. » J'ai dit ailleurs (2) que cette dernière partie de l'article, dont la rédaction est empruntée à l'article 6 du code Napo-

(1) Pacifici-Mazzoni, *Istitutioni di diritto civile italiano*, lib. I, n° 75 (t. I[er], p. 178, et suiv. de la 3[e] édition).

(2) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 367, n[os] 203 et 204.

léon, est conçue en termes trop généraux. Il est très vrai que les particuliers ne peuvent, par leurs conventions, déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Mais, dans l'espèce, il n'est pas question de conventions que les particuliers feraient sur le mariage, il s'agit de *lois étrangères* formant un statut personnel et régissant, à ce titre, les étrangers ; ces lois, ces statuts personnels ou nationaux sont ils dominés par le statut territorial? Telle est la difficulté que l'article 12 décide en termes généraux et que l'article 102 résout en termes identiques, dans une disposition spéciale concernant le mariage. Suffit-il, pour qu'un statut soit réel et pour qu'il domine le statut personnel , qu'il intéresse l'*ordre public* et les *bonnes mœurs?* L'article 12 le dit ; mais cela n'est pas exact, car il en résulterait que toutes les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes formeraient un statut réel auquel le statut national de l'étranger devrait céder. En effet, ces lois intéressent l'ordre public, et il y en a qui intéressent au plus haut degré les bonnes mœurs : telle est la loi qui règle les conditions et qualités requises pour pouvoir contracter mariage. Dans ce système, la plupart des statuts personnels seraient annulés, comme le statut personnel du mariage est annulé par la loi territoriale d'Italie. Ce n'est certes pas là ce que le législateur italien a voulu dire. Il respecte le statut national de l'étranger plus que ne le fait aucun autre code ; il doit donc le maintenir dans le cas où il y a conflit entre le statut de l'étranger et la loi italienne, car ce n'est que dans ce conflit que la question des statuts s'élève. Le texte des articles 12 et 102 ne répond donc à la pensée du législateur ; mais tel qu'il est rédigé, et notamment l'article 102, il est difficile de donner un autre sens au code italien. Je renvoie aux explications que j'ai données sur le statut réel.

338. L'application que le législateur italien fait du statut réel au mariage prouve que la définition que l'article 12 en donne est trop générale ; il en résulte que l'article 102 exagère l'influence de la loi territoriale en cette matière. Qu'il y ait dans les conditions requises pour le mariage des dispositions qui intéressent les droits de la

société, son existence, sa conservation, son perfectionnement, et qui, à ce titre, obligent tous les habitants du territoire, cela est incontestable. Il en est ainsi de la prohibition de la polygamie ; on peut hardiment affirmer que le mariage polygamique n'est pas un mariage; il avilit et dégrade la femme, qui n'est plus qu'un instrument de jouissance, et l'homme s'abaisse quand la compagne de sa vie déchoit. C'est cette institution funeste qui est la cause profonde de la décadence irremédiable des Etats musulmans et de leur infériorité en comparaison des nations chrétiennes, germaniques. Il en est de même de l'inceste; mais ici déjà il faut distinguer; il y a un inceste naturel qui fait horreur, comme dit Montesquieu; il n'a jamais existé que chez les peuples d'Orient qui, en pratiquant la polygamie, perdent tout sentiment de pudeur et de moralité; et les bonnes mœurs sont le fondement de l'ordre social. Mais l'inceste civil, purement légal, n'a point cette gravité; c'est une création de la loi, que la loi peut abolir. La loi de l'empire allemand l'a aboli, sans danger aucun pour les mœurs. Dès lors la prohibition a un caractère arbitraire, et le législateur n'a pas le droit d'imposer des conditions arbitraires aux étrangers pour le mariage qu'il est de son devoir de favoriser; c'est ce qui justifie pleinement la loi allemande, et cela nous autorise à ranger ces prohibitions, là où elles existent encore, parmi les lois qui ne concernent que les nationaux. A plus forte raison en est-il ainsi de la condition d'âge; jusqu'ici c'est le fait de la puberté qui domine dans cette condition; or, est-il rationnel que le législateur impose à des étrangers l'âge qu'il fixe pour la puberté des nationaux? Il est vrai que le législateur devrait tenir compte d'un autre élément, du développement intellectuel et moral; ainsi considérée, la condition d'âge devient un élément essentiel du mariage, mais aussi les législateurs de tous les pays seront nécessairement conduits à fixer l'âge, ainsi considéré, à la majorité. Je ne parle pas des conditions que l'on peut appeler d'intérêt privé, les unes ne donnant lieu qu'à une nullité relative, les autres ne produisant qu'un empêchement prohibitif. Si, au lieu de poser une règle absolue et

générale, le législateur italien avait examiné en détail chacune des conditions et qualités qu'il exige pour pouvoir contracter mariage, il n'aurait certainement pas mis sur la même ligne le consentement des ascendants et la polygamie, alors qu'une religion puissante et des nations qui tiennent le premier rang parmi les peuples civilisés valident le mariage, bien qu'il soit contracté sans le consentement des ascendants ou de la famille.

FIN DU TOME QUATRIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

DEUXIÈME PARTIE.

LIVRE II.

Partie spéciale. (Suite.)

CHAPITRE Ier. — Des personnes. (*Suite.*)

SECTION IV. — Des étrangers. (*Suite.*)

Des instances judiciaires.

§ 1. *Le nouveau code de procédure belge.*

N° 1. Le principe.

N° 2. Application du principe à la compétence des tribunaux belges à l'égard des étrangers.

II. *Des cas dans lesquels la jurisprudence admet la compétence des tribunaux français.*

4. Des questions d'état.

§ III. *Législation étrangère.*

§ IV. *Des mesures exceptionnelles auxquelles les étrangers sont soumis en matière de procédure.*

CHAPITRE II. — DES PERSONNES CIVILES.

SECTION Ire. — DE LA PERSONNIFICATION OU DE L'INCORPORATION.

§ Ier. *Objet de l'incorporation.*

§ II. *De la création de personnes civiles.*

LIVRE III. — **La famille.**

CHAPITRE Ier. — Le mariage.

PREMIÈRE PARTIE. — L'état des personnes.

SECTION Ire. — Considérations générales.

§ 1er. *Le mariage èt la religion.*

II. *L'inceste.*

III. *Absence.*

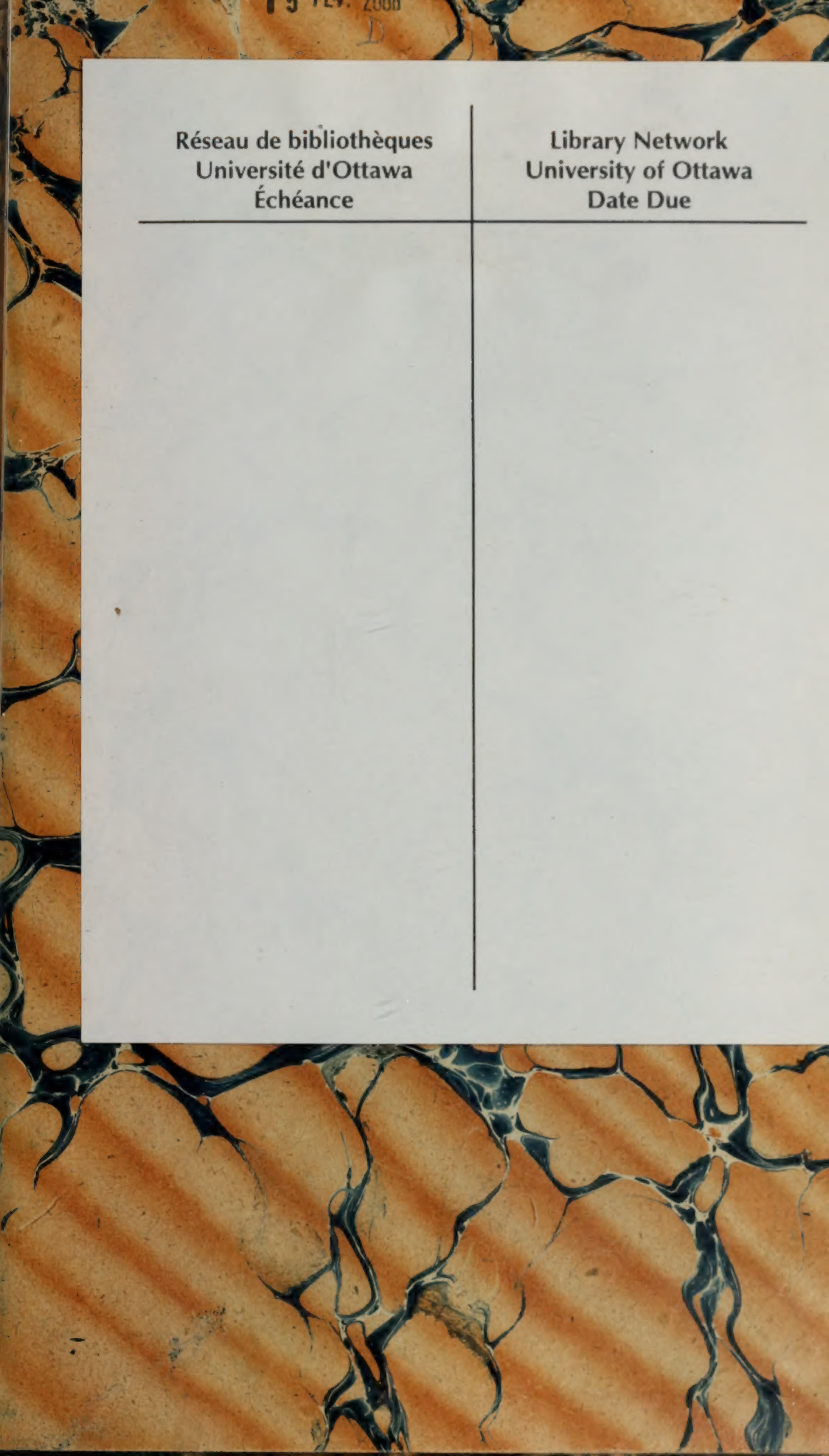
IV. *Adoption.*

N° 3. Des conditions qui ne forment pas un statut réel.

I. *L'âge.*

II. *Le consentement des ascendants et de la famille.*




Réseau de bibliothèques
Université d'Ottawa
Échéance
Library Network
University of Ottawa
Date Due

